REVISTA DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

MÉXICO, 1997

AÑO 21 NÚMERO 21

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva:

Lic. Miguel A. Hernández Romo, *Rector*
Lic. Francisco de Icaza, *Primer vocal*
Lic. Mario Becerra P., *Segundo vocal*
Lic. Ismael Gómez Gordillo, *Vocal suplente*

Secretarios:

Lic. Pedro Barrera Ardura, *Secretario General*
Lic. Jaime del Arenal Fenochio, *Secretario Académico*

CONSEJO EDITORIAL

Lic. Francisco de Icaza, *Director*
Lic. Jaime del Arenal Fenochio
Lic. Fauzi Hamdan Amad
Lic. Jorge Adame Goddard
Lic. Carlos Müggenburg
Lic. Gisela Oscós Said
Lic. Ramón Sánchez Medal

El Consejo no se responsabiliza del contenido de los artículos ni de las opiniones expresadas en ellos.

Edición al cuidado de Manuel López Medina

ISSN 0185-1438

© Derechos reservados conforme a la ley. Escuela Libre de Derecho. Dr. Vértiz No. 12, México 06720, D. F.

Certificado de licitud de título Núm. 6861. Certificado de licitud de contenido Núm. 7357. Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas. Secretaría de Gobernación. Reserva de derechos al uso exclusivo del título. Núm. de inscripción 2104-93. Registro Público del Derecho de Autor. Queda hecho el depósito de ley.

Prohibida la reproducción de los artículos sin permiso de sus autores.

ÍNDICE

DOCTRINA GENERAL

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO
Las virtudes del jurista 9

CRISTIANI JULIO JAVIER
Defensa y aplicación efectiva de los derechos de propiedad intelectual en México 37

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ DELGADO
Rebelión en el ciberespacio 85

MANUEL FERRER MUÑOZ
El fin del orden constitucional en la Nueva España. Problemas en la organización de la justicia 127

XAVIER GINEBRA SERRANO
Las alianzas estratégicas o joint ventures y el Derecho de la competencia 189

YURI GONZÁLEZ ROLDÁN
Propuesta sobre la venta de herencia en el Derecho romano clásico 221

MIGUEL ÁNGEL HERNÁNDEZ ROMO
El acreedor extranjero ante los juicios concursales 493

GERARDO LOZANO ALARCÓN
Comentarios acerca de la reestructuración de créditos empresariales 503

BONIFACIO PADILLA GONZÁLEZ
Eutanasia 533

HUMBERTO RUIZ QUIROZ
Los elementos esenciales y presupuestos necesarios del contrato de seguro 557

JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL
Aspectos de la práctica jurídica de Alonso de la Veracruz: su colaboración con Las Casas y uso alternativo del Derecho 599

BEATRIZ URÍAS HORCASITAS
De la justicia a la ley: individuo y criminalidad en México independiente. 1821-1871 623

JORGE A. VARGAS
El régimen legal de México sobre sus espacios marinos: una propuesta para la delimitación de la plataforma continental en la parte más profunda del Golfo de México 669

SECCIÓN MONOGRÁFICA

DERECHO PENAL

CLAUDIA CAMPUZANO CABALLERO
Algunas consideraciones sobre la reincidencia 729

JOSÉ MANUEL CASAOPRIEGO VALENZUELA
La prevención especial del delito o el arte de readaptar 749

BEATRIZ MOGUEL ANCHEYTA
Los procedimientos administrativos y los delitos de naturaleza fiscal 769

ANA LUCÍA PADRÓN GARCÍA
La psicoterapia como tratamiento para prevenir la reincidencia de conductas antisociales 781

MISCELÁNEA

MIGUEL ÁNGEL HERNÁNDEZ ROMO
La mística de nuestra Escuela: a los 85 años de su fundación 799

MIGUEL CARBONELL SÁNCHEZ
Equidad electoral y actos de autoridad; una perspectiva constitucional 805

JUAN SILVA MEZA
Nuevos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con el Artículo 73, fracción X de la Ley de Amparo 823

RODRIGO ZAMORA ETCHARREN
Reformas 1988 a distintos ordenamientos de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional 835

IN MEMORIAM

Don José García Pimentel y Braniff 851
Don Graciano Contreras 853
Don Íñigo Laviada Arrigunaga 855

MANUEL LÓPEZ MEDINA
Datos del Curso 1996-1997 859

DISCURSOS

Discurso del señor Rector don Miguel Ángel Hernández Romo en el LXXXV Aniversario de la Escuela el día 23 de julio de 1997 897

Discurso del profesor don Jaime del Arenal Fenochio en la apertura del Curso Escolar 1997-1998, el día 25 de agosto 903

Discurso pronunciado por la Presidenta de la Sociedad de Alumnos, Lisette Caullieres Elizarrarás, en la apertura del Curso 1997-1998, el 2 de agosto ... 911

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ DELGADO
Índices a la Revista de Investigaciones Jurídicas: 1987-1996 915

LAS VIRTUDES DEL JURISTA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Presupuestos históricos*. III. *La Prudencia*. IV. *El Derecho*. V. *La Justicia*. VI. *La Equidad*.

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

I. INTRODUCCIÓN

Las siguientes reflexiones son el resultado de una lectura muy personal de los tratados de la Prudencia, la Justicia y la Equidad de la *Suma Teológica* de Tomás de Aquino (1215-1274). Lectura, sin duda, orientada por un afán liberador de la actividad del jurista frente al absolutismo jurídico imperante en la cultura jurídica moderna desde que el Estado monopolizó las fuentes del Derecho a comienzos del siglo XIX. Este anhelo constituye una de las facetas de la evolución de la ciencia jurídica a finales de la presente centuria y en él estamos comprometidos desde hace muchos años en nuestra actividad docente. Recientemente ha sido renovado debido a las ricas experiencias académica que significaron los cursos y las obras del profesor Francisco Carpintero[1], la lectura de los libros de Paolo

1 Los cursos han versado sobre historia del pensamiento jurídico occidental, y los ha impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana de México, durante los meses de mayo y octubre de 1996 y junio de 1997. Fruto de éstos han sido unas *Lecciones* mecanuscritas que esperamos pronto se conviertan en un libro. Ellas han sido especialmente valiosas para la elaboración de las presentes reflexiones. En cuanto a sus obras nos han sido especialmente luminosas *Derecho y ontología jurídica*. Madrid, Actas, 1993. "En torno al método de los juristas medievales" *Anuario de Historia del Derecho Español*. Tomo LII, 1982; "*mos italicus, mos gallicus*, y el humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica". *Ius Commune* 6, 1977; "La modernidad jurídica y los

Grossi, especialmente *El orden jurídico medieval*[2] y de Manlio Bellomo, *La Europa del Derecho Común*[3] y dos viajes de estudio a Europa, especialmente a Pamplona y a Bari, donde pudimos entrar en contacto más estrecho con esta tendencia liberadora de la ciencia jurídica respecto del positivismo legalista que cada día responde menos al clamor de justicia en nuestro agitado y confundido mundo occidental.

Hace varias décadas, y desde la óptica del realismo filosófico y con la historia del derecho como instrumento de análisis, algunos autores comenzaron a erigir una sólida y fundamentada crítica a ese positivismo legalista, al monopolio estatal sobre el Derecho y a la servidumbre del juzgador frente al legislador, comenzando a reivindicar épocas y momentos en los cuales una altísima cultura jurídica pudo ser posible, precisamente, porque no implicó dicho monopolio, sino, por el contrario, una proliferación de fuentes jurídicas donde la labor del jurista fue reconocida sin mayores cuestionamientos como una de las más importantes y decisivas en el momento de integrar un orden jurídico justo, razonable, práctico y realista. Y es que la visión legalista acerca del Derecho que ha dominado en las dos últimas centurias había contaminado también la propia visión de los historiadores del Derecho y del pensamiento jurídico acerca de sus particulares disciplinas, de suerte tal que por historia del Derecho llegó a entenderse la historia de la legislación.[4] Incluso la propia visión del Derecho Natural que defendieron autores católicos que por siglos reforzó la concepción *legalista* del Derecho.[5] Una de las razones que condujeron a esto último fue la importancia excesiva dada a la lectura del Tratado de la Ley de la *Suma Teológica*, por encima de los tres tratados que ahora nos ocupan. Hasta la sociedad se ha repe-

católicos" *Anuario de filosofía del Derecho*. V, 1988; y *Una introducción a la ciencia jurídica*. Madrid, Civitas, 1989.

2 Madrid, Marcial Pons, 1996.

3 Roma, Il cigno Galileo Galilei, 1996.

4 Véase por ejemplo, nuestro estudio, "Derecho de juristas: un tema ignorado por la historiografía jurídica mexicana" *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Año 15, Número 15, 1991, pp. 145-166.

5 CARPINTERO, "La modernidad", *passim*.

tido la definición de la Ley expuesta por Tomás de Aquino, pero poco se recuerdan sus ideas acerca del Derecho, la Justicia, la Prudencia y la Equidad, lo que supuso un reforzamiento de un legalismo muy conveniente a los fines del Estado moderno donde el Derecho se identifica sin más con la ley positiva considerada ésta, obviamente, como resultado de la voluntad estatal, sin ni siquiera reconocer ya los argumentos medievales o ilustrados que la vincularon o pretendieron vincularla con la Ley natural.

Hoy no pocos autores parecen darse cuenta que el problema del Derecho es más simple de lo que se suponía: un problema que atañe a las fuentes mismas de su creación. Asombrados por las terribles consecuencias del reduccionismo legalista, cada vez menos conveniente y más injusto e irreal, pudieron percatarse de que el problema estaba precisamente en la concepción del Derecho que lo identificó y lo redujo a la ley estatal; y que si se aspiraba a superar este positivismo legalista en pos de una cultura jurídica más justa, real y humana había que desenterrar las posibilidades, la validez y la utilización de otras fuentes jurídicas. De aquí que voltear hacia el pasado haya sido un proceso hasta cierto punto natural y necesario. Había que investigar si en otros tiempos y lugares habían existido órdenes jurídicos no puramente legalistas, y si dichos órdenes habían procurado buenas soluciones a los conflictos humanos. La Historia del Derecho se volvió de este modo no en una disciplina conservadora —como alguien totalmente ignorante de la Historia y del Derecho y sí anhelante del poder recientemente afirmó—[6] sino por el contrario, liberadora. Liberadora y crítica del poder, del Estado y de la legalidad más opresiva. Los historiadores del Derecho, esos "agentes incómodos al poder" como los calificó Paolo Grossi,[7] vinieron a poner en tela de juicio no sólo el orden jurídico moderno, sino la modernidad misma y sus aparentes posibilidades para construir un orden jurídico

6 Es el caso de Jaime Cárdenas Gracia. *Cfr. Proceso*, núm. 1075, 8 de junio de 1997, p. 16.

7 En la interesante conferencia que dictó en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM el 23 de mayo de 1996.

eficaz y justo (desde luego eficaz y justo para los hombres, que no para quienes detentan el poder). Desde la perspectiva histórica otros órdenes jurídicos —negados y criticados acerbamente por y desde la Ilustración, la Modernidad, y el *ius naturalismo* moderno— comenzaron a ser conocidos, revalorados y, por qué no decirlo, reivindicados. Han sido los casos del derecho romano clásico (siglos I a.C.-III d.C.) y del orden jurídico medieval, particularmente la época de vigencia de lo que hoy denominamos como *Ius Commune* (siglos XII-XV). Ambos casos se caracterizaron por integrar un conjunto de diversas fuentes normativas para dar solución a los conflictos jurídicos del hombre, por enaltecer el llamado derecho de juristas —o la jurisprudencia— como fuente autónoma y particular, y por mantener la diferencia entre lo público y lo privado. Rasgos todos que evidentemente contrastan con los de la modernidad jurídica: monopolio de una fuente del Derecho; extinción del derecho de juristas (el cual queda reducido a simple doctrina sin fuerza vinculatoria), y disolución de lo privado en lo público, de suerte que todo el derecho deviene en público.[8]

Tanto el derecho romano clásico como el *ius commune* tuvieron que ser rescatados de aquella visión maniquea elaborada tan fina y sutilmente por la Modernidad y sus luces, y que los condenó si no al olvido, cuando menos sí a una serie de epítetos con los cuales la propia modernidad —y su visión legalista del Derecho— se quiso por contra justificar: injusto, inseguro, supersticioso, irracional, desordenado, intolerante, desigual, confuso, etc. Un nuevo y desconocido panorama acerca de aquellos órdenes jurídicos comenzó a conocerce y a definirse: la visión tópica frente a la sistemática de la modernidad; la plural frente a la singular; la multiplicidad de normas frente al legalismo; la justicia frente a la norma; la diversidad frente a la uniformidad; la visión horizontal de las fuentes jurídicas frente a la jerárquica; la compleja frente a la simple; en fin...

8 Vid. GROSSI. "Absolutismo Jurídico y derecho privado en el siglo XIX". En *Doctor Honoris Causa. Paolo Grossi*. Barcelona, Universitat Autonoma de Barcelona, 1991, pp. 9-26.

la humana frente a la geométrica. Autores diversos y de diversas corrientes y países como Viehweg[9], Wieacker,[10] Calasso,[11] D'Ors,[12] Grossi,[13] Villey,[14] Hervada,[15] Carpintero,[16] Bellomo,[17] Cannata,[18] Tarello,[19] Cotta,[20] Ollero,[21] Cavanna[22] —muchos desde la perspectiva del realismo filosófico— han contribuido a reconstruir una reflexión sobre el Derecho y sobre la actividad de los juristas que estuvo viva por varios siglos, que se perdió, y que hoy puede iluminar en la búsqueda de soluciones a los graves problemas de justicia que el ser humano enfrenta al transitar hacia el nuevo milenio; que no de un mejor y más eficiente control social como parecen insistir ciertas "definiciones" o "conceptos" actuales del Derecho y que obviamente se resisten a prescindir del reduccionismo legalista que tanto sirve y conviene ahora también a los propósitos reglamentaristas y controladores del nuevo poder tecnocrático y antihumanista.

9 VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964. *Tópica y filosofía del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991.

10 WIEACKER, Franz. *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Madrid, Aguilar, 1957.

11 CALASSO, Francisco, *Medioevo del Diritto. Le fonti*. Milán, Giuffré, 1954.

12 D'ORS, Álvaro. *Derecho Privado Romano*, 2ª ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1973; *Una introducción al estudio del Derecho*, 5ª ed., Madrid, Rialp, 1982.

13 Obras citadas.

14 VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1979-1981, 2 vols., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca Book, 1986.

15 HERVADA, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*, 2ª ed., Pamplona, Eunsa, 1991; *Introducción crítica al derecho natural*, México, Editora de Revistas, 1985.

16 Obras citadas.

17 BELLOMO, *op. cit.*

18 CANNATA, Carlo Augusto. *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1989.

19 TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

20 COTTA, Sergio. *Itinerarios humanos del Derecho*, 2ª ed., Pamplona, Eunsa, 1978, *¿Qué es el Derecho?*, Madrid, Rialp, 1993.

21 OLLERO TASSARA, Andrés. *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1982; *¿Tiene razón el derecho?*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.

22 CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffré, 1982.

La lectura que hicimos de los tratados de la Prudencia, la Justicia y la Equidad de la *Suma Teológica* obedecen al propósito de acercarnos con mayor profundidad a la comprensión de una visión del Derecho que todavía puede dar mucho para conseguir sociedades más justas, menos oprimidas por la administración y por el poder político y más conscientes de su papel en la formulación de soluciones adecuadas y consonantes con la realidad humana, siempre compleja, insospechada y diversa. De aquí que hayamos voluntariamente desechado la lectura del Tratado de la Ley —abusivamente citado y utilizado por siglos— y preferido rescatar la visión del Aquinatense sobre la prudencia y la justicia; que al fin y al cabo no hay que olvidar son éstas precisamente dos virtudes que se unen para integrar una palabra: la jurisprudencia, la ciencia de los juristas.

II. PRESUPUESTOS HISTÓRICOS

Hay que recordar algunos presupuestos para comprender la obra y el pensamiento del autor de la *Suma Teológica*. Presupuesto obvios pero no por esto prescindibles

Primero; la época. Santo Tomás escribe en pleno siglo XIII, es decir la etapa donde culmina la "Escuela de los Glosadores" (*La Magna Glosa* se ha fechado hacia mediados de esta centuria) y florece esa corriente que algunos autores han llamado de los *ultramontani*.[23] El *mos italicus* se afirma y pronto dará paso al apogeo de la ciencia jurídica medieval con la "Escuela de los Comentaristas". La pluralidad de fuentes es un hecho evidente y obliga a la formulación de diversos órdenes de prelación que, sin embargo, se muestran poco eficaces: la solución a los problemas jurídicos proviene no del mandato sino de la razón, la oportunidad, la *utilitas*, la conveniencia y la justicia. Durante la centuria conviven el derecho feudal, los diversos estatutos urbanos locales, los tradicionales derechos consuetudinarios y se afirma y organiza un Derecho Canónico en manos

23 MOLITOR-SCHLOSSER. *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado*, Barcelona, Bosch, 1980, p.28.

del papado, a la vez que se consolida el *ius mercatorum*. A su lado, el derecho de los reyes, del Príncipe o del Emperador, es decir, la legislación, viene a ser una norma más que proclama, sin conseguirlo, una pretendida supremacía sobre los demás derechos. El propio Tomás de Aquino dedicará todo un tratado de la *Suma Teológica* a la ley pero sin entenderla sólo como resultado de la voluntad humana y sin desconocer otras fuentes del Derecho; a fin de cuentas él afirmó, siguiendo a San Isidoro de Sevilla, que la Ley "es sólo un modo de ser del Derecho" no *todo* el modo de ser del mismo.

Otro presupuesto consiste en la formación teológica, no jurídica, del Doctor Angélico, hecho que permite entender la vinculación que por fuerza debió mantener con los juristas de su época para hacerse del bagaje jurídico indispensable que le permitiera *opinar* con autoridad en aquellas cuestiones teológicas que se referían al derecho y a la justicia. Santo Tomás no fue un hombre aislado que redactó la *Suma Teológica* en la soledad de una torre de marfil. Su obra se abre a su época y responde a su tiempo; y ambos son los del florecimiento de la jurisprudencia medieval, a la vez influenciada por la teología escolástica que influyente en los teólogos escolásticos, particularmente en Tomás de Aquino. Resultaba imposible que los teólogos y juristas de la época se ignoran o se desconocieran dado el febril y universal ambiente intelectual del siglo XIII; y si bien en la Universidad de París no se enseñó Derecho Romano, esto no quiere decir que Santo Tomás no conociera a los autores que desde el siglo anterior venían elaborando los presupuestos de una dogmática jurídica llamada a colmar los vacíos e insuficiencias de los derechos locales y tradicionales. Parece que sobre todo conoció y tuvo cierta familiaridad con la obra de uno de los *ultramontani*; Pedro de Bellapertica (c-1250-1308). En definitiva sus ideas acerca del Derecho no podían desconocer el imperio de la tópica y los pocos alcances y posibilidades de la legislación de reyes, príncipes y emperadores ni ignorar que el Derecho más que un conjunto de normas era ante todo lo justo; un orden justo que se realizaba concretamente, caso por caso y frente a situaciones humanas irrepetibles y diversas, y no como resultado de la aplicación de un

modelo universal y abstracto de justicia, de características matemáticas y casi geométricas. Frente a sus ojos se estaba desarrollando una intensísima labor por parte de diversos juristas que exploraban las posibilidades de los textos jurídicos de Justiniano para encontrar en ellos principios, argumentos, métodos y razonamientos que les permitieran elaborar soluciones pertinentes para los miles de nuevos problemas jurídicos que la formación de la sociedad baja medieval presentaba. Frente a él se encontraba la realidad de un derecho positivo y él, realista como pocos, no podía desconocer ni su validez ni sus posibilidades. Su iusnaturalismo por fuerza no pudo desconocer ni la autonomía del derecho positivo, ni cierta relatividad del propio Derecho Natural.

Su carácter de teólogo, pues, no debe hacernos olvidar que se movió no sólo en el siglo de oro de la teología escolástica, sino también en el siglo del florecimiento universitario de los estudios de Derecho —Civil y Canónico— y que ambas disciplinas pertenecían a la universalidad de los conocimientos de una época que no concebia la parcialización del saber humano., Lo jurídico por lo tanto no le pudo ser ajeno ni desconocido.

Otro presupuesto que importa recordar es la ausencia del Estado.[24] Hacia el siglo XIII, en efecto, por un lado Imperio y Papado —las dos potencias Universales— y por el otro, la existencia todavía de señoríos feudales y de ciudades libres dotadas de fueros o estatutos jurídicos particulares, hicieron imposible la existencia de monarquías fuertes y consolidadas de las cuales nacerá el Estado moderno. La debilidad misma de la monarquía medieval implicó a su vez una presencia muy relativa de la legislación dentro del amplio espectro que formaron las diversas fuentes del derecho de la época. La ley vendría a ser, por ende, lo que Santo Tomás diría de ella: "cierta norma de derecho". La inexistencia del Estado, por su lado, supuso que la definición entre lo público y lo privado fuera más clara y sus límites más precisos y conocidos. Lo público lo determinaría el Emperador o el monarca, pero sólo en aquellas

24 Manuel García Pelayo, "Hacia el surgimiento histórico del Estado Moderno". En *Idea de la política y otros escritos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

materias que hoy denominamos administrativas. El Derecho siguió siendo el *ius*, y conforme a la tradición romanista que resurgía por entonces pertenecía sobre todo a los *privados*.[25] De aquí la intervención de corporaciones, comerciantes, poblaciones y juristas para su formulación. Por encima, y en ocasiones en contra de los deseos del monarca medieval, se construyó todo un orden jurídico complejo, diverso y que relegó a la ley a un papel modesto y secundario: ser *junto* con las otras fuentes un instrumento más al que los jueces *podían o no* acudir en la solución de los conflictos entre *los privados*. Orden que simplemente no pudo contemplar a la ley como la única fuente del derecho, ni siquiera como la principal o de mayor jerarquía, puesto que dicho orden no se construyó ni se concibió según un sistema jerárquico entre normas diversas.

Tomás de Aquino vivió, pensó y escribió inmerso en estos límites culturales, políticos y sociales: En lugar del universo estatal contempló un pluriverso político, jurídico y social. Una compleja sociedad estamental que supuso sin embargo, un orden interno cuyas claves de explicación habría que encontrar no en la racionalidad moderna del poder o del Estado sino en la Teología de la época y en el realismo filosófico que contempló al hombre dentro de una sociedad cargada de desigualdades, tal vez porque el hombre mismo no se concibió igual a sus semejantes sino únicamente en los planos teológico y metafísico. En cambio, en la sociedad y en la historia se desenvolvía un hombre concreto y diferente, único y singular, cargado de defectos y virtudes; preocupado por su vida cotidiana y diverso desde su nacimiento a los demás por las distintas posiciones que ocupaba según su origen, su estado, su sexo, su profesión, su edad, etcétera. Posiciones todas que impedían tratarlo del mismo modo que se trataría a otro hombre. La realidad evidenciaba hombres y mujeres irrepetibles. De aquí que sus problemas jurídicos no pudieran reducirse a soluciones genéricas y abstractas emanadas de una supuesta *Teoría* acerca del hombre y sus conflictos. Con toda su enorme carga de complejidad y dificultad la singularidad del hombre exigía, por el con-

25 Grossi, *op. cit.*, n. 8 passim.

trario, soluciones *ad hoc*, humildes y precisas, sin pretensiones de perpetuidad ni de universalidad.

Una visión así del hombre condicionó la propia definición del Derecho. Este serviría al hombre, no el hombre al Derecho. Por lo mismo, exigía una laboriosa tarea de integración de soluciones justas para cada caso. Visión y tarea que se avinieron muy bien con el trabajo de los juristas del *mos italicus* que siguieron el modelo de trabajo y reflexión de los juristas romanos. Serían ellos los llamados a construir esa dogmática medieval que tan buenos servicios prestó a la cultura occidental hasta el período de la codificación moderna. Dogmática que no desdeñó ni canceló las posibilidades de los derechos locales o consuetudinarios, ni tampoco de la misma legislación real que encontró en las tareas de los juristas su exacta y justa proporción y utilidad: orientar a veces, precisar otras; o imponer, en ocasiones extremas, la solución adecuada y justa a un problema singular, que por implicar al hombre se resistía a someterse al dictado de una única y suprema norma, sea quien fuera el que la hubiera dictado.

Como teólogo realista Tomás de Aquino debió reconocer esta complejidad y diferenciación del ser humano; inmerso en la historia y condicionado por circunstancias personales. A la vez, la teología la aportaría la visión del hombre como hijo de Dios y por ende, igual a sus semejantes.

Singularidad y diferenciación por un lado, generalidad e igualdad por el otro: el gran dilema del teólogo, del moralista y del jurista medieval. ¿Hasta dónde la similitud?, ¿hasta dónde la diferenciación? Santo Tomás de Aquino y los juristas del *mos italicus* encontrarían una respuesta que la modernidad siglos después se encargó de hacernos olvidar: la correcta y realista relación entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, no vinculados jerárquicamente ni por fuerza dependientes uno del otro sino, por el contrario, paralelos, horizontales, relativamente autónomos relacionados entre sí, e interactuado en la búsqueda de soluciones justas en los conflictos humanos, siempre singulares y siempre reales. El jurista, como el teólogo y como el moralista, sabría acudir a los primeros principios del Derecho Natural para *orientar* la solución jurídica (justa, útil,

razonable y ética), pero a la vez no podía desconocer la aplicación de un Derecho Positivo, creación humana en el tiempo y en el espacio, en la cultura y en la sociedad. De aquí que elaborase con ambos elementos una dogmática jurídica a todas luces ejemplar por su racionalidad, por su método, por su respeto a la compleja naturaleza del hombre: el *ius commune*, llamado a perpetuarse por siglos.

Los Tratados de la Ley, de la Prudencia, de la Justicia y de la Equidad de la *Suma Teológica* estarán condicionados por estos presupuestos. A la modernidad y a su visión legalista y castrada del Derecho y de la jurisprudencia sólo le interesó conocer el primer tratado, relegando los otros tres, precisamente los que se referían al *ius* y a sus virtudes la justicia, la prudencia y la equidad. Esto significó olvidar los méritos y los alcances de la *jurisprudencia* como fuente del Derecho y desconocer la diferencia entre éste y la Ley. Por desgracia, esta tarea, a todas luces determinada por el ascenso del Estado moderno, fue secundada por los propios teólogos y juristas católicos, desde aquellos castellanos de la Escuela Española del Derecho Natural de los siglos XVI y XVII, hasta los más recientes iusnaturalistas de los siglos XIX y XX, los cuales adoptaron en gran medida los presupuestos filosóficos de la Escuela Moderna del Derecho Natural y su perspectiva jerárquica, ahistórica, sistemática, geométrica e idealista de la ley natural; perspectiva que los llevó también a consagrar a la ley como la suprema o única fuente del orden jurídico.[26]

El legalismo en la historia del Derecho —que equivale a decir normativismo— se impuso por fin en los siglos XIX y XX para gloria y alegría del Estado. Su inmensa fuerza seductora fue avalada por un iusnaturalismo racionalista que devino finalmente en un burdo y crudo voluntarismo. Sólo a finales de esta trágica centuria parecen haberse descubierto las posibilidades y el valor de los otros tres tratados que se refieren tanto al Derecho como a las tareas y virtudes propias de los juristas; tratados, tareas y virtudes durante tantos años ignorados por una civilización que sólo ha sabido aplaudir a los legisladores.

26 CARPINTERO, "La modernidad", *passim*.

III. La prudencia

Para entender cabalmente el pensamiento del Aquinate acerca del derecho, del arte o ciencia del jurista —la jurisprudencia— y acerca de la justicia, deben leerse en forma conjunta los Tratados de la Prudencia y de la Justicia; ambos incluidos en la parte *Secunda Secundae* donde emprendió tanto el estudio de las virtudes teologales (fé, esperanza y caridad) como de las cardinales (prudencia, justicia, fortaleza y templanza). A la virtud de la prudencia le correspondieron diez *cuestiones* (de la 47 a la 56), mientras que a la justicia veintitrés. (de la 57 a la 79). El análisis del Derecho lo realizó con brevedad en la cuestión 57, y el de la justicia específicamente en la cuestión 58. La equidad la analizó en la cuestión 120 dentro del Tratado de las Virtudes sociales. Es decir, estos cuatro conceptos —prudencia, derecho, justicia y equidad— aparecen estudiados fuera del Tratado de la Ley que forma parte de la *Prima Secundae*, (cuestiones 90 a 108) lo que de por sí es harto significativo: En Santo Tomás la ley, en efecto, no guarda relación directa e inmediata con la cuestión relativa al Derecho, lo que sí ocurre con la justicia de la cual es objeto el Derecho.

La simple ubicación de cuestiones que nos interesan y su separación de las cuestiones relativas a la ley señalan de una manera gráfica la diferencia profunda entre el pensamiento jurídico medieval y el moderno: en el primero el Derecho tenía poco que ver con la norma legal y sí mucho con la justicia mientras que la modernidad ha subrayado la naturaleza normativa del Derecho, su identificación con la ley y su desvinculación con la justicia, la cual ha sido sustituida por objetos o fines de diversa naturaleza y contenido: control social, supremacía racial, intereses económicos, legitimación del poder, etcétera.

Al no identificarse Derecho con la ley, —el prestigio o importancia de la función o tarea del legislador como operador del primero queda, por ende, bastante disminuido. Por el contrario, al relacionarse estrechamente prudencia y justicia, y al identificarse ambas como *virtudes*, es obvio que inciden en la

tarea de ese profesional del Derecho conocido como jurista, jurisconsulto, o más propiamente *jurisprudente*. Este sería aquél hombre que debiera por encima de todos poseer, cultivar y operar aquéllas virtudes, puesto que su actividad diaria lo enfrenta precisamente a los problemas de justicia entre los hombres, donde la noción *de lo justo* —el derecho— y una opinión o decisión *prudente* se hacen no sólo convenientes sino indispensables. Su prestigio se vuelve incuestionable.

La prudencia —virtud definida como "recta razón en el obrar"—, como el arte, no reside simplemente en el entendimiento sino también en la voluntad, toda vez que lleva consigo "la aplicación a *la obra*". Es verdad que requiere "la elección de la voluntad" pero antes se da "el consejo del entendimiento", especialmente del entendimiento práctico; por ello el prudente necesita no sólo conocer los principios universales de la razón sino también los particulares "en los cuales se da la acción". Su materia son precisamente "los singulares *contingentes* sobre los cuales se ejercen las operaciones humanas". Si bien ella, como la justicia, "pertenecen tanto a la parte racional, capaz de apreciar lo universal, como a la parte sensitiva lo particular".[27]

Concebida como principio moderador de todas las demás virtudes, —de aquí que sea ante todo *una virtud moral*— ayuda al desarrollo de todas las demás y actúa en todas, aunque no le corresponde a élla imponerles su particular fin, lo que le toca a la *sindéresis* o "razón natural"; la prudencia sólo "dispondría de los medios para la acción".[28]

El prudente halla el justo medio que sólo se consigue "mediante la recta disposición de los medios". Su función se desenvuelve en tres actos: aconsejar —lo que supone "indagar"— juzgar, e imperar, que "consiste en aplicar a la operación esos consejos y juicios". Debe ser además diligente, es decir hábil en ánimo para emprender "rápidamente lo que debe obrar"[29]

27 Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, tomo VIII. Tratado de la Prudencia y Tratado de la Justicia. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, MCMLVI. Secunda Secundae (2.2) cuestión 47, arts. 1 a 10.

28 *Idem*, arts. 4º, 5º y 6º.

29 *Idem*, arts. 7º y 8º.29.

"Siendo propio de la prudencia emitir los actos de consejo, deliberación o consejo, juicio e imperio, respecto de los medios con los que se llega al fin debido", no sólo se limita al gobierno de uno mismo sino también se extiende al de la multitud. Cuando se orienta al bien común se llama "prudencia política".[30]

Prevista esta última clase de prudencia —y distinguida de la "propiamente tal" y de la "prudencia económica"— Santo Tomás refiere la prudencia como virtud propia de gobernantes y de gobernados: en los primeros obra "como mente arquitectónica" mientras que en los súbditos "a modo de arte mecánica o como obreros que ejecutan un plan".[31] Sin embargo, con conviene reducir esta virtud exclusivamente al acto de gobernar en sentido estricto, propio de los políticos y gobernantes; su sentido es más amplio e implicaría también a los jurisprudentes dado que está orientada "al bien común". El jurista, por ende, obraría frente a su sociedad a la manera del gobernante, "a modo de mente arquitectónica", elaborando las soluciones justas, reales y pertinentes que planteasen los novedosos conflictos de una sociedad medieval en plena transformación y carente de los derechos óptimos para hacer frente a las consecuencias de esa compleja transformación. Residiendo la prudencia en la razón, se infiere la naturaleza eminentemente racional de la tarea de los juristas. Será la razón la que los guíe en esa tarea constructora de soluciones prudentes y justas. Pero será la virtud de la prudencia la que determine la aplicación de la solución a los casos concretos ya que élla "no trata del fin sino de los medios" y en las cosas humanas *"los medios no son fijos, sino hay gran variedad y multiplicidad de ellos según la diversidad de personas y negocios"*.[32] Aquí aparece una de las grandes características de los prudentes del derecho: su capacidad para determinar lo justo en cada caso atendiendo a la diversidad de hombres que pertenecen a culturas diversas, rodeados de situaciones humanas por demás de-

30 *Idem*, art. 10º.
31 Idem, arts. 11º y 12º.
32 *Idem*, art. 15º.

siguales y muchas veces irrepetibles y únicas. Aptos para aplicar los principios universales a los objetos operables tanto universales como particulares,[33] los juristas, como todos los hombres, gozan de disposición natural para conocer *algunos* principios universales, pero otros "sean de la razón especulativa o práctica, *no son conocidos naturalmente, sino que deben adquirirse por experiencia personal o por instrucción*"[34]

Refiriéndose a las partes de la prudencia y en particular a las partes potenciales —es decir, a las "virtudes adjuntas a la misma que se ordenan a otros actos o materias secundarias, porque no poseen toda la virtualidad de la virtud principal"—[35] Santo Tomás de Aquino distinguió entre la *eubulia*, la *synesis* y la *gnome*, todas íntimamente relacionadas con el oficio de jurista debido a que la primera se refiere al consejo (acaso la función más propia de los juriconsultos), la segunda, al buen sentido "para juzgar lo que sucede ordinariamente"; y la última, o perspicacia, dirigida a juzgar "lo que a veces se aparta de las leyes comunes".[36] El conocimiento de estas tres partes de la prudencia —a la cual el Doctor Angélico reservó ocuparse *del acto principal*, es decir el *precepto o imperio*— resulta clave para comprender la función de los juristas no sólo medievales sino de cualquier otra época. Aclaran por sí mismas cuál fue (y podría ser nuevamente) el trabajo del jurista.

La *eubulia* —"habilidad en el consejo"— nos lleva a "aconsejar rectamente" no sólo por averiguar y descubrir "los medios aptos para llegar al fin", sino porque toma en consideración "*un conjunto de circunstancias*".[37] Tareas que cualquiera que conozca la actividad de los juristas no puede desconocer.

La relación entre prudencia y *eubulia* no estriba en que sean virtudes diferentes sino en que la segunda ordena a la primera "como lo secundario a lo principal".

33 *Ibídem*.
34 *Ibídem*.
35 2.2 c. 48, art. único.
36 *Ibídem*.
37 2.2 c 51, art. 1º.

Aconsejar bien compete a la prudencia "como virtud imperante", mientras que a la *eubulia* como virtud "ejecutiva".[38]

También la *synesis*, "o buen sentido moral", cobra particular importancia en relación a la misión de los juristas que enfrentan cotidianamente problemas jurídicos diferenciados no por la materia de la que versan sino por las circunstancias de los hombres que los plantean, ya que supone "un juicio recto no en cosas de orden especulativo, sino sobre las acciones particulares que son objeto de la prudencia".[39] Se trata, ni más ni menos, de la sensatez que permite juzgar bien.

El realismo aristotélico del teólogo dominico es evidente en el siguiente párrafo:

> El juicio recto consiste en que la inteligencia aprehende las cosas tal como son en sí mismas. Esto se da cuando está bien dispuesta, como un espejo en buenas condiciones reproduce las imágenes de los cuerpos como son en sí mismos, mientras que, si falta esa disposición, aparecen en él imágenes torcidas y deformes.[40]

Ver, analizar, estudiar, *aprehender las cosas como son en sí mismas*; son responsabilidades sobre todo de quienes se ocupan de resolver problemas humanos. Santo Tomás, sin embargo, no marcó el camino a seguir; los juristas romanos lo habían señalado mil años atrás pero el Doctor Angélico recuperó para la teología y para la filosofía lo que los letrados de la "Escuela de los Glosadores" habían comenzado a vislumbrar a través de la lectura de los textos recuperados del *Corpus Iuris*. Las faenas jurídicas, precisamente porque se nutrían de la realidad humana —siempre variada— no podían darse el lujo de elevarse al plano teórico, abstracto e ideal ni de ver "imágenes torcidas y deformes". Si había que hacer y decir justicia debía de hacerse atendiendo a la realidad, la que impone siempre sus condiciones.

38 *Ibídem*.
39 *Idem*, art. 2º.
40 *Idem*, art. 3º.

La perspicacia o *gnome* permite juzgar conforme a "principios superiores", mientras que la *synesis* lo hace conforme a "reglas comunes". De aquí que la primera lleve "consigo cierta agudeza en el juicio". Y es que "acaece a veces la necesidad de *hacer una obra al margen de las reglas comunes de la acción*...Por lo cual debe juzgarse de estos casos conforme a principios superiores a las reglas comunes" por las que juzga la *synesis*.[41] El célebre ejemplo de las obligaciones del depositario es traído a cuenta en esta ocasión por el teólogo dominico. "La synesis —continua exponiendo— juzga la verdad de todo lo que sucede conforme a las reglas comunes. Pero, como acabamos de ver, *hay cosas que deben determinarse fuera de esas reglas*". Entonces "el juicio debe tomarse de los principios propios de las cosas, y la investigación se hace también conforme a esos principios comunes".[42]

La *gnome* permite conocer muchas de esas cosas que pueden "suceder *fuera del curso normal de la naturaleza*; lo que corresponde considerar solamente a la providencia divina; pero entre los hombres, el que más perspicaz sea puede conocer, con su inteligencia, muchas de ellas".

Si bien Santo Tomás no vinculó específicamente a la función jurisprudencial el tratamiento de esta tres partes potenciales de la virtud de la prudencia, ni a la judicial, no cabe duda que se perfilan como "virtudes" esenciales para juristas y jueces, toda vez que la actividad de ambos, relativa siempre a problemas humanos, exige continuamente ponderar aquellas peculiaridades que rodean, matizan, distinguen y particularizan dichos problemas precisamente por ser humanos, y, en consecuencia, no siempre encasillables en fórmulas generales de aplicación forzosa, absoluta, permanente y universal. La ciencia del Derecho —especulativa y práctica a la vez— vincula por fuerza imperativos racionales con realidades humanas. El jurista —como el moralista, el político o el sacerdote— se mueve entre ambos parámetros tratando de encontrar un equilibrio justo y humano entre unos principios universales —los

41 *Idem*, art. 4º.
42 *Ibídem*.

primeros principios— y una vida cargada de necesidades, defectos, contradicciones, pasiones, errores equívocos, angustias, temores, ambiciones... El planteamiento de Santo Tomás fue muy claro: "Entre los dictámenes de la razón natural figuran sobre todo *los fines de la vida humana*, que son en el orden práctico, como los principios especulativos conocidos naturalmente".[43] Principios que obran (no pueden desconocerse) en la vida cotidiana de cada uno de los seres humanos, cada uno condicionado histórica, biológica, social y culturalmente. De aquí la existencia en el "alma" humana de la prudencia, la que se impone como la primera virtud que debieran poseer, cultivar y desarrollar quienes se dedican a la ardua tarea de resolver conflictos jurídicos; es decir, los juristas y los jueces. La otra gran virtud será la *Justicia*.

IV. El derecho

Es clara la identificación y la ubicación de la prudencia y de la justicia en la obra de Santo Tomás: ambas son virtudes y por ende pertenecientes a la Moral. Esta es entendida no a la manera moderna como *Moral de preceptos o de deberes*, sino como *Moral de virtudes*. La jurisprudencia o arte del derecho implica la actualización de ambas virtudes en la solución de los problemas jurídicos humanos (aquéllos donde se pretende dar a cada quien lo que le corresponde) y de aquí que esté estrechamente vinculada con esa *Moral de virtudes*. Desde esta perspectiva, sus cuestiones principales (el derecho, la justicia y la prudencia) no estén relacionadas inmediata ni por fuerza con la normatividad, ni con los preceptos, ni con la ley. Los juristas no son legisladores ni siquiera legistas, sino *prudentes de lo justo*, y al Derecho no lo identifican con la ley, sino con lo *justo*; lo que supone ante todo el desarrollo de una virtud, la justicia. Será la Modernidad la que trastoque esta visión tanto romana como medieval y construya la visión que identifica al Derecho con la ley visión que considera la ciencia del jurista como ciencia de la normatividad, y que en lugar de virtudes

43 2.2 c. 56, art. 1º.

enseñe e impogna preceptos; finalmente, los deberes *surgidos de la razón y de las cosas* serán sustituidos por deberes exclusivamente *emanados de la voluntad*.

Muy breve fue el tratamiento que Tomás de Aquino dedicó al Derecho (*De iure*); sólo una cuestión (la 57), y es que su intención no fue ir más allá de su propósito de vinculado con la virtud de la justicia. Ni era un jurista ni se propuso invadir terrenos que por esas épocas estaban cultivando los primeros juristas del *mos italicus*, especialmente los *ultramontani*.

Precisamente, gracias a la confluencia de los trabajos previos de los Glosadores, de la Escolástica y de la independencia de criterio desarrollada por los *ultramontani*, nacerá lo que Grossi ha denominado "el tiempo de la liberación" de la jurisprudencia medieval que representan con todo esplendor los Comentaristas de los siglos XIV y XV.[44] Sin estas tres aportaciones simplemente el *ius commune* resulta incomprensible. Santo Tomás puso su grano de arena (que no todos los materiales) para la construcción de ese magnífico edificio intelectual que fue el orden jurídico bajo-medieval. Desde su perspectiva teológica coincidió con la valoración y el manejo de la realidad llevada a cabo por los juristas contemporáneos. El Derecho se entendía ante todo como *orden justo, objeto de la Justicia*, y ésta una virtud que ligada a la prudencia conforma ni más ni menos que la jurisprudencia: la ciencia o arte del Derecho. Prudencia y justicia quedarán señaladas para siempre como las virtudes, si no es exclusivas, sí propias del jurisconsulto. La relación entre ambas virtudes y de ambas y del Derecho con respecto a la ley quedó planteada en el siguiente párrafo.

> La razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento como cierta regla de prudencia. Y esta, si se formula por escrito, recibe el nombre de ley; de ahí que *la ley no sea el derecho mismo* propiamente hablando, *sino cierta razón del derecho*[45]

44 Grossi, *El orden*, p. 176.
45 2.2 c.57, art. 1º.

O como siglos atrás había afirmado San Isidoro de Sevilla. *Una especie de derecho*. No hay, pues, identificación alguna posible entre la ley y el Derecho. El Derecho es considerado como lo justo y explicado de la siguiente forma:

> Se da nombre de justo a aquello que, realizando, la rectitud de la justicia, es el término del acto de ésta, aún sin tener en cuenta cómo lo ejecuta el agente, mientras que en las demás virtudes no se califica algo de recto sino en atención a como el agente lo hace. De ahí que de un modo especial y a diferencia de las demás virtudes, *se determina por sí mismo el objeto de la justicia y es llamado lo justo*. Tal es el derecho.[46]

Ante la consideración resulta imposible identificar al Derecho como un fenómeno meramente normativo. Mas bien se encontraría en él una naturaleza vinculante, en razón de cosas o de personas.

De aquí que lo propio de la Justicia sea "ordenar (o regir) al hombre en las cosas relativas a otro", lo cual supone *una cierta igualdad* como el mismo nombre lo demuestra, pues suele decirse "ajustar" el adecuar dos cosas, y es que la igualdad siempre se refiere a los demás.[47]

El artículo segundo de esta cuestión Tómas de Aquino trató de la división entre *Derecho Natural* y *Derecho Positivo*, sin duda uno de los temas más controvertidos e incomprendidos durante los siglos posteriores. En él se esforzó en definir los límites exactos de cada uno respecto de su operabilidad en la convivencia humana. En efecto, ambos derechos ni se confunden ni están relacionados de un forma jerárquica o vertical dependientes uno del otro por necesidad. Ambos gozan de una dosis más o menos de autonomía, la cual depende precisamente, de las "cosas humanas", es decir, de la propia naturaleza humana.

46 *Ibídem*.
47 *Idem* y c. 58, art. 2º.

"El Derecho o lo justo —afirmó— es algo adecuado a otro, conforme a cierto modo de igualdad".[48] Pero lo adecuado al hombre puede serlo de dos maneras: por la naturaleza misma de las cosas... y entonces se llama "derecho natural" o cuando una cosa es adecuada a otra por un mutuo acuerdo o por contrato... y en este último caso se llama "derecho positivo".

Sin embargo, Tomás de Aquino no concibió la naturaleza humana inmutable sino *mudable* y por consiguiente "lo que es natural al hombre *puede algunas veces fallar*", es decir, no siempre y en todas partes se muestra sin cambios.[49] De esta forma el Santo de Aquino abrió el camino hacia un *ius naturalismo* histórico, contingente, que rige al hombre en la historia y lo sigue y contempla en sus propios procesos de transformación y cambio; o si se quiere hacia un *ius naturalismo* con cierta y justificada (natural) dosis de "relativismo" en su aplicación. Lo que no supone ni su derogación absoluta, ni la mutabilidad de sus primeros principios; de tal modo que si algo en sí mismo se opone al Derecho Natural, "no puede hacerse justo por voluntad humana". Voluntad, a la que, sin embargo, sí se le reconoce autonomía y capacidad de determinar lo que es justo cuando ella no atenta contra los primeros principios del Derecho Natural; no estando entonces necesariamente vinculado a éste. Así Santo Tomás *rescató* la autonomía de la voluntad humana para establecer algo como *justo*, y al hacerlo, salvó la autonomía del propio Derecho Positivo:

> La voluntad humana en virtud de un comercio común, puede establecer algo como justo en aquellas cosas que de suyo no se oponen a la justicia natural, y aquí es donde tiene lugar el derecho positivo... Pero si algo en sí mismo se opone al derecho natrual, no puede hacerse justo por voluntad humana.[50]

Lo legal, sería, siguiendo a Aristóteles "lo justo que por principio es indiferente para ser de un modo o de otro; pero que lo

48 2.2 c. 57, art. 3º.
49 2.2 c. 57, art. 2º.
50 *Ibídem*.

es una vez establecido".[51] Mucho del contenido del Derecho positivo se formulará de esta manera tanto por la acción de los juristas como por la de los legisladores.

V. La justicia

Habiendo entendido por una parte que el Derecho positivo comprende aquéllo que puede ser *adecuado* a un hombre *por convención o común acuerdo* y que "esto puede realizarse de dos formas: por un convenio privado... o por convención pública" (ley), sea que ésta resulte de un acuerdo de todo el pueblo o cuando lo ordena el gobernante que tiene a su cargo la comunidad; y por otra, que el Derecho se identifica con lo justo natural (*ius sive iustum*) "que es aquéllo que por su naturaleza está adecuado o ajustado a otro",[52] resulta fácil comprender que Santo Tomás adoptara sin mayores dificultades la tradicional definición romana de la justicia como *"la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho"*. Como virtud que se requiere primero de la voluntad y luego, de la firmeza (perpetua y contante). La única modificación que Santo Tomás introdujo en esta definición fue en el sentido de agregarle la calidad de Hábito: la justicia sería, en consecuencia, aquel *hábito según el cual uno da al otro lo que es suyo según derecho* [lo justo], *permaneciendo en ello con una voluntad constante y perpetua*, o, como afirmó Aristóteles, "el hábito según el cual alguien actúa al elegir lo que es justo".[53]

La justicia es virtud que radica en la voluntad y se refiere a otro; a élla le pertenece rectificar (ajustar) los actos humanos que se refieren a otros ya que para rectificar los propios existen otras virtudes. En élla la razón orienta a la voluntad, "que puede querer algo en orden a otro, lo cual pertenecen a la justicia".[54]

51 *Ibídem.*
52 *Idem*, art. 3º.
53 2.2 c. 58, art. 1º.
54 *Idem* art. 4º.

El dato distintivo de la justicia respecto a las demás virtudes es el *medio*, que en la justicia "consiste en cierta igualdad de la proporción de la cosa exterior a la persona exterior", lo que se subraya dentro de la más clara tradición del realismo filosófico y revela con toda nitidez las verdaderas funciones del jurista y del juzgador.[55]

También distinguió entre *justicia legal* (que ordena al hombre inmediatamente al bien común) y *justicia particular* (que lo ordena inmediatamente al bien del otro como particular). La primera podría corresponder, en principio al gobernante mientras que la segunda corresponde a todo hombre. La justicia tiene por objeto "sólo las acciones externas y las cosas, bajo un aspecto especial de tal objeto, o sea en cuanto mediante éllas el hombre se ordena a los demás". El dar a cada quien lo que es suyo supone una "operación exterior en cuanto la misma, o la cosa sobre la que se ejercita, guarda *proporción* con la otra persona a la que se ordena la justicia". De esta forma, tanto el "lucro" como el "daño" son formas de injusticia pues uno —lo superfluo— da más mientras que el otro, menos de lo debido.[56]

En la cuestión 60, Santo Tomás trató del juicio y por ende del juez o juzgador, puesto que aquél es acto propiamente del segundo, quien "decide conforme a derecho" (*ius*). El juicio implica "en su acepción primitiva, la definición o determinación de lo justo o del derecho". El juicio, sería, entonces, la "recta determinción de las cosas justas" que exige dos condiciones: la virtud misma que profiere al juicio (un acto de razón pues a ésta corresponde decir o definir algo) y "la disposición del que juzga y que le hace idóneo para juzgar rectamente". El juicio, en definitiva, sería concebido por el Doctor Angélico tanto como un acto de justicia, "en tanto ésta se inclina a juzgar rectamente, y de prudencia, en cuanto esta virtud pronuncia el juicio".[57]

En el artículo 5º de esta misma cuestión se planteó el problema de si se debe juzgar siempre según las leyes escritas,

55 *Idem* art. 10º.
56 *Idem*. arts. 8º y 11º.
57 2.2 c.60, art. 1º.

asunto que nos regresa al tema de las relaciones y diferencias entre el Derecho Natural y el Positivo y de su instrumentación por parte de juzgadores y juristas. En principio pareciera que no siempre, dice Santo Tomás, pero para dar una solución satisfactoria a esta cuestión planteó las distinciones propias del método escolástico.

El juicio, o "cierta definición o determinación" de lo que es justo, requiere distinguir entre dos formas o modos por los cuales una cosa sea justa: o por su propia naturaleza (por derecho natural), o por haberlo convenido así los hombres (por derecho positivo). Las leyes precisamente se escriben "para la declaración de uno y otro derecho". La ley escrita contiene derecho natural "mas no lo instituye, pues no toma fuerza de la ley, sino de la naturaleza, pero el derecho positivo se contiene e instituye en la ley escrita, dándole ésta su fuerza de autoridad". De aquí que sea necesario que el juicio "se haga según ley escrita" pues de otro modo "el juicio se apartaría ya de lo justo natural, ya de lo justo positivo".[58] La autonomía entre ambos derechos se mantiene y el papel de las leyes queda perferctamente limitado en sus alcances: "declarar por éllas el derecho", *no siempre* establecerlo o instituirlo.

Si la ley escrita no da fuerza al Derecho Natural, tampoco se la quita o disminuye *"puesto que la voluntad del hombre no puede inmutar la naturaleza"*.[59] De aquí que si una ley escrita va contra aquél sea injusta y no tenga fuerza para obligar, pues el Derecho positivo sólo es aplicable cuando *"es indiferente ante el derecho natural el que una cosa sea hecha de uno u otro modo"*, en cuyo caso nadie puede dudar de su abslouta autonomía e independencia respecto del Natural, que no siempre lo condiciona. Por el contrario, cuando no es indiferente al Derecho Natural la materia o cosa que interesa al Positivo, entonces no es posible llamar a las leyes positivas que contradicen a aquel *leyes* "sino mas bien corruptelas" y no debe juzgarse de éllas.[60]

58 *Idem*, art. 5º.
59 *Ibídem*.
60 *Ibídem*.

También puede darse el caso de leyes *rectas* o justas que puedan ser deficientes. Esto ocurriría en "algunos casos", es decir, no siempre. Lo que las vuelve deficientes o injustas es precisamente esa realidad humana compleja y diversa, contradictoria, particular y difícilmente reducible a fórmulas generales, abstractas, universales y eternas; operables en cualquier tiempo, lugar o circunstancia. El realismo aristotélico se conjuga entonces, por lo que supone, con un reconocimiento de la naturaleza humana que implica incluso una aparente derogabilidad —parcial o temporal (en todo caso circunstancial)— del Derecho Natural; y decimos aparente porque dicha "derogabilidad se hace precisamente por imperio de la propia naturaleza humana que exige *soluciones humanas diversas a problemas humanos diversos*. No habría, en consecuencia, un *Derecho Natural derogable, sino un Derecho natural propio y adecuado a la naturaleza humana* (contradictoria, falible, heróica, pecadora, débil o fuerte, perspicaz o ignorante, apasionada y virtuosa; siempre en medio del dilema de decidir por el bien o por el mal); resultado de esta naturaleza y por lo mismo no sujeto a fórmulas geométricas o matemáticas como si se tratara de una naturaleza puramente física o biológica integrada sólo por células o átomos iguales. Esas leyes positivas "rectamente establecidas", es decir no injustas ni contrarias en principio al derecho natural, resultan, pues, *"deficientes en algunos casos*, en los que si se observasen se iría (precisamente) contra el derecho natural. Y por eso, en tales casos no debe juzgarse según el sentido literal de la ley, sino que debe recurrirse a la *equidad,* que es la intención del legislador".[61] Para reforzar su argumentación Santo Tomás trajo a colación aquí la opinión del Derecho Romano "Ni la razón de derecho ni la *benignidad de la equidad sufren que lo que se ha introducido en interés de los hombres, sea interpretado de una manera demasiado dura en contra de su beneficio, desembocando en severidad. En tales casos aún el mismo legislador juzgaría de otra manera y si lo hubiera previsto lo habría determinado en la ley*".[62]

61 *Ibídem*.
62 *Ibídem*.

No olvida el teólogo dominico que al juzgar según las leyes escritas el juez se convierte en intérprete, que interpreta "de algún modo el texto de la ley" para aplicarla *a un asunto particular*, lo que también harían los juristas europeos durante los siglos de vigencia del *ius commune*. Para unos y otros el asunto particular (la realidad) —que no las fórmulas legales— condicionarán una actividad judicial y una ciencia del derecho muy pocas veces especulativa y siempre realista.

De esta forma la concepción del Derecho propuesta por Tomás de Aquino fue acorde con la de sus contemporáneos, los juristas medievales formados en la lectura de los textos del *Corpus Iuris* del Emperador Justiniano; se trató de una concepción realista, flexible, humana, prudencial, tópica, virtuosa, donde el Derecho es entendido como objeto de la justicia y como orden justo. Concepción que distinguió perfecta y claramente entre el Derecho Natural y el Positivo, sin vincularlos forzosamente en todo caso y circunstancia, y que supuso que el primero, precisamente porque lo natural de la naturaleza humana es que sea *mudable*, en ciertos casos sea derogable y, salvo unos primeros principios, sometido a cambios y modificaciones que operan en el tiempo y el espacio. De aquí que fuera de suyo injusto suponer para esa naturaleza humana un sistema de normas positivas rígidas, abstractas, inmutables, inflexibles, universales, que sujeten la conducta huamana a prevenciones de consecuencias idénticas, fatales y necesarias para todos. De aquí también que el propio Derecho Natural no se concibiera ni esencialmente inmutable ni operando fuera de una realidad temporal y espacial; precisamente porque el hombre se mueve en el tiempo y en la historia. Esta fué, y será siempre *su realidad*.

VI. La equidad

Tal vez el concepto que mejor ayuda a redondear esta visión del Derecho planteada desde la perspectiva teológica es *el de equidad*. Según Santo Tomás, la ley debía estar abierta e influenciada por la *epiqueya* o *equidad*; virtud social que vino a coronar y matizar con toda nitidez la concepción de la ley

del teólogo de Aquino. Su estudio fue emprendido dentro del *Tratado de las Virtudes Sociales*, concretamente en la cuestión 120 de la *Suma Teológica* y aunque breve —como en el caso del Derecho— su importancia resulta capital para comprender una visión no necesariamente legalista, ni siquiera normativista, del Derecho. De hecho culmina el esfuerzo tomista para vincular al Derecho con la naturaleza humana y con la moral sin confundirlos.

La equidad es concebida como una virtud que "rechaza lo que es justo según la ley", precisamente porque los actos humanos sobre quienes recae y para los que se dan las leyes *son hechos singulares y contingentes "que pueden variar de infinitos modos"*.[63] De aquí que resulte *imposible establecer una norma legal que en ningún caso falle*, es decir, que sea absolutamente universal, omnipotente e inmutable. Pretender cumplirla *en algunos casos concretos* iría contra la igualdad propia de la justicia y contra el bien común que la ley intenta salvaguardar".[64] Y es que los legisladores al establecer sus leyes "atienden a los datos ordinarios" y puede ser que en algunas ocasiones se equivoquen y atenten contra la justicia y el bien común. En otras, en cambio, puede ser que acierten en relación a esos datos ordinarios pero ¿ante los extraordinarios?, ¿frente a los que no pudieron o no supieron contemplar o atender?

La equidad, en efecto, no se aparta de lo justo en sí sino de lo que es *justo por determinación de la ley* tanto natural como positiva, y es que cuando alguien (el juez, el jurista) dice "que no tiene que observarse la ley *en un caso concreto, no juzga de la ley*, sino de algún negocio particular que se presenta".[65] Son las circunstancias que rodean y condicionan ese caso concreto las que determinan una especie de *derogabilidad momentánea* de la ley, que sin embargo, mantendrá su imperio y validez de origen. Nuevamente el caso del depositante sirve para ejemplificar los millones de casos similares que

63 2.2 c. 120, art. 1º.
64 *Ibídem*.
65 *Ibídem*.

día a día los juristas y los jueces han debido enfrentar por siglos en relación con este tipo de situaciones.

Por encima de la letra de la ley es conveniente seguir lo que dicta la razón justa y el bien común; esto es la equidad, entendida como "una regla superior de los actos humanos".[66]

Por desgracia, el iusnaturalismo moderno no se fundamentaría en esta visión realista del Derecho. Otros teólogos, también escolásticos o luteranos, se encargarían de continuar, difundir e imponer un iusnaturalismo inflexible, ahistórico, jerárquico respecto del Derecho Positivo, sistemático, geométrico, inhumano y normativista, que pronto condujo a un voluntarismo legalista que reforzado por la aparición del Estado moderno —al cual sirvió óptimamente en su vocación expropiadora del Derecho— condujo a la época del *absolutismo jurídico* caracterizada desde entonces por el olvido de esa visión prudencial, virtuosa, ética, equitativa, humana, realista y justa del Derecho y de la actividad propia de los juristas que plantearon los autores del *mos italicus* y los teólogos medievales de la talla de Tomás de Aquino. Epoca que no recuerda ya las *virtudes* ni el *derecho de juristas*; ni repara en lo inhumano e injusto que puede ser aplicar a todo hombre fórmulas y soluciones iguales, generales y abstractas en aras de un mayor y más eficiente control social.

66 *Ibidem*.

DEFENSA Y APLICACIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN MÉXICO

Julio JAVIER CRISTIANI

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Evolución Histórica*. III. *La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial de 1991*. IV. *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. V. *La Ley de la Propiedad Industrial de 1994*. VI. *La defensa y aplicación efectiva de los derechos de autor*. VII. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, la materia de propiedad intelectual en un sentido amplio, ha adquirido gran importancia tanto en el contexto de las relaciones económicas y comerciales, como en su aspecto estrictamente jurídico.

Ello ha provocado que en un gran número de países se han emprendido importantes esfuerzos legislativos, con el objeto de adecuar los distintos ordenamientos a las tendencias actuales en materia de propiedad intelectual, como son las de ampliar las áreas de protección patentaria, extender la vigencia de las patentes y de los registros marcarios, etc., sin embargo, todos esos intentos de mejoras en el aspecto sustantivo, serían infructuosos, si no se considera como de la máxima importancia, el llevar al cabo, similares o inclusive más profundas, en el ámbito de protección efectiva y defensa de dichos derechos de propiedad intelectual, es decir, en el terreno adjetivo.

Esta necesidad de contar con mecanismos más efectivos de protección a los derechos de propiedad intelectual y de esta manera, evitar su usurpación por parte de terceros, se ha re-

flejado en las negociaciones comerciales internacionales que se han llevado al cabo en fechas recientes.

La primera iniciativa para incluir el tema de propiedad intelectual en la agenda de la Ronda Uruguay del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) partió de los Estados Unidos de América. En mayo de 1996, un grupo formado por once de las principales corporaciones de ese país constituyó el Comité de Propiedad Intelectual, con el propósito de obtener consenso internacional dentro del sector privado. Para ello, se pusieron en contacto con las comunidades de negocios de Europa Occidental y Japón, las que a su vez formularon peticiones semejantes a sus respectivos gobiernos. De esta manera se preparó el camino que culminó en septiembre de 1986 con la Declaración Ministerial de Punta del Este, que contuvo un mandato de negociación sobre este tema.[1]

Como resultado de las distintas rondas de negociación, surgió el capítulo conocido como "TRIPS" (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), que al ser parte integrante del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, es materia de nuestro Derecho positivo, conforme al artículo 133 de la Constitución General de la República.[2]

Cabe destacar que quizás el aspecto más importante de dicho capítulo del Acuerdo que establece la Organización Mundial del Comercio, es el relativo a la defensa y aplicación efectiva de los derechos de propiedad intelectual, puesto que contiene una serie de principios por demás detallados, en materia de medidas cautelares para evitar o suspender la usurpación, procedimientos civiles y administrativos, procedimientos penales, detención de mercancía infractora en las fronteras, etc.

1 Véase, Julio Javier CRISTIANI. " La libre circulación de mercancías y los derechos de propiedad intelectual en el Tratado de Libre Comercio de América de Norte", en *Ars Iuris*, Revista del Instituto de Documentación e Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Número 12, 1994, México, D.F., págs. 107 y ss.

2 Publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 30 de diciembre de 1994.

El marco general de referencia del alcance de los principios contenidos en el referido Acuerdo, está previsto en el párrafo 1 del artículo 41, que es del tenor literal siguiente:

> Los Miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente parte que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso.

Al irse integrando la mayoría de los países a la Organización Mundial del Comercio y al adoptar en sus respectivas legislaciones los principios contenidos en materia de defensa y protección de los derechos de propiedad intelectual, puede percibirse una tendencia a una mayor protección de dichos bienes inmateriales a nivel universal, a fin de estimular la creatividad y una competencia leal en el desarrollo de las actividades comerciales.

Desde luego, puede apuntarse que aún cuando en un país se cuente con una extraordinaria legislación en materia de propiedad intelectual desde el punto de vista substantivo, la misma no surte efectos de excelencia, si no se le dota de los mecanismos adjetivos necesarios para lograr la protección, defensa y respeto de dichos derechos de propiedad intelectual, en casos de transgresión, ursupación o simple amenaza a ellos.

Siendo el tema de este trabajo, el de la defensa y aplicación efectiva de los derechos de propiedad intelectual en México, pasaré a exponer la evolución histórica de esa protección, al tenor de los distintos ordenamientos legislativos que han estado en vigor en nuestro país.

II. Evolución histórica

En primer lugar, haremos referencia al desarrollo de estas instituciones, en materia de propiedad industrial, para con posterioridad tocar brevemente la evolución en lo que concierne a la protección de los derechos de autor, subrayando que no es sino hasta la reforma legislativa que entró en vigor en el mes de marzo de 1997, en que se van a establecer mecanismos administrativos particularmente ágiles a fin de disuadir la usurpación de los derechos de autor.

El análisis de los diferentes ordenamientos que han regido nuestra materia, demuestra que los mecanismos para lograr la defensa y aplicación efectiva de los derechos de propiedad industrial han sido diversos, puesto que algunos textos legales consideran las infracciones de los derechos de propiedad industrial con el carácter de delitos, en tanto que otros como infracciones administrativas.

Aún antes de que se expidiera la primera ley específica en materia de marcas, la legislación penal ya contenía disposiciones relativas a los delitos en esta materia. Así tenemos que el Código Penal de 1871, también conocido con el nombre de Código Martínez de Castro,[3] ya incluía preceptos que sancionaban el delito de falsificación de marcas industriales y de comercio, consistiendo dicha sanción en arresto mayor y multa de segunda clase, debiendo destacarse que estos preceptos estuvieron vigentes hasta el año de 1903 por remisión que a los mismos hicieron tanto en Código de Comercio en 1884, como el de 1889 y la primera Ley de Marcas de ese mismo año.

En el Código de Comercio de 1884 se establece que hay usurpación de marcas, al utilizar una marca enteramente igual a otra, así como cuando entre las marcas resulte una gran analogía, sea porque las palabras más importantes de una marca se repiten en otra marca o porque la nueva marca se redacte de tal manera que pueda confundirse con otra nomi-

3 Rangel Medina, David "Protección penal de la Propiedad Industrial en México", en Ensayos Jurídicos en memoria de Francisco Gonzáles de la Vega, Supremo Tribunal de Justicia, tomo 3, p. 112, Durango, México, 1985.

nativa o aún consistiendo en dibujos, que produzcan confusión. Además de las penas señaladas, en el Código Penal de 1871, la falsificación de marcas produce la acción de daños y perjuicios y con el rubro de *Término para reclamar la propiedad mercantil,* fija el plazo de un año desde el día que se sepa de la usurpación para la acción civil y el de dos meses para la acción penal.

La primera ley específica en materia de marcas, que es la Ley de Marcas de Fábrica del 28 de noviembre de 1889,[4] introduce los conceptos de falsificación e imitación, consistiendo el primero en la reproducción de una marca ya protegida, en tanto que la imitación consiste en la utilización de una marca que presente una identidad casi absoluta con el conjunto, aunque no en ciertos detalles y sea susceptible de confundirse con otra previamente depositada, disponiendo expresamente que dichos delitos quedaban sujetos a las penas establecidas por el código respectivo.

La Ley de 7 de junio de 1890 sobre patentes de privilegio a los inventores o perfeccionadores, remite al Código Penal del Distrito Federal lo relacionado con el delito de falsificación de patentes.

Es la Ley de Marcas Industriales y de Comercio del 25 de agosto de 1903,[5] la primera que va a contener normas específicas en materia penal, al introducirse reglas precisas sobre la penalidad por falsificación de marcas, venta de mercancía marcada ilegalmente por utilizar en las marcas indicaciones falsas u omitir las leyendas obligatorias, por indicar falsamente que una marca está registrada e introduce una reglamentación de las acciones por daños y perjuicios.

Tratándose de creaciones nuevas de la industria, la Ley de Patentes de Invención del 25 de agosto de 1903,[6] contiene un capítulo específico sobre el tema de nuestro interés, que es el capítulo XI intitulado *De la responsabilidad penal y civil de los*

4 Entró en vigor el 1o. de enero de 1890.

5 Publicada en el Diario Oficial del 2 de septiembre de 1903. Entró en vigor el 1o. de octubre del mismo año

6 Publicada en el Diario Oficial del 1o. de septiembre de 1903.

que infrinjan los derechos que otorga una patente, disponiendo en favor del titular de una patente, el derecho de perseguir a los que atacaren su derecho, ya por la fabricación industrial de la patente, ya por el empleo o uso industrial del procedimiento de un método patentado, o porque con un fin comercial conserven en su poder, pongan en venta, vendan o introduzcan en el territorio nacional uno o más efectos fabricados sin su consentimiento. Se exige como requisito para perseguir estos delitos, la querella del dueño de la patente, así como que los objetos amparados por la patente lleven el nombre y la fecha de la patente, previéndose reglas sobre la adjudicación de los objetos ilegalmente fabricados e instrumentos dedicados a ello.

La Ley de Marcas y de Avisos y Nombres Comerciales de 1928,[7] conserva el mismo sistema de la ley anterior al establecer directamente las penas para los delitos de falsificación, imitación o uso ilegal de las marcas, nombres y avisos comerciales, aún cuando exige como requisito previo al ejercicio de las acciones, una declaración administrativa del Departamento de la Propiedad Industrial.

La Ley de Patentes de Invención del 26 de junio de 1928,[8] utiliza por primera vez el término "invasión de los derechos que confiere una patente", denominándose precisamente su capítulo XII, con el nombre de *De la responsabilidad penal y civil de los que infrinjan los derechos que otorga una patente*.

La Ley de la Propiedad Industrial de 1942,[9] constituye el primer código en esta materia, puesto en un solo ordenamiento se reunieron las normas relativas a las creaciones nuevas de la industria, los signos distintivos y la represión de la competencia desleal.

En este primer código, la práctica totalidad de las conductas infractoras de los derechos conferidos por las patentes o que derivan de las marcas registradas, eran consideradas como delitos. En materia de patentes se conservó como requisito para el ejercicio de la acción penal la declaración previa de la autoridad administrativa, respecto de la existencia de hechos que pudiesen ser considerados como delitos, así como la obligación que los objetos patentados ostenten la indicación de estar patentados y el número de la patente. Esta Ley conserva la posibilidad de reclamar daños y perjuicios cuando se está en presencia de una usurpación de un derecho de propiedad industrial, y tratándose de los delitos en materia de marcas, se considera como usurpación: el uso ilegal, la imitación, la falsificación y la comercialización de productos indebidamente marcados.

7 Publicada en el Diario Oficial del 27 de julio de 1928.
8 Publicada en el Diario Oficial del 27 de julio de 1928.
9 Publicada en el Diario Oficial del 31 de diciembre de 1942

Una de las más importantes innovaciones de la Ley de Invenciones y Marcas de 1976,[10] que de nueva cuenta en un solo ordenamiento regula todo lo concerniente a la propiedad industrial en nuestro país, fue la transformación del sistema de derecho penal especial de la propiedad industrial en uno mixto, que divide en dos grupos las sanciones: las de carácter administrativo, correspondientes a las infracciones consideradas como administrativas, y las de índole penal previstas para la comisión de delitos, diferenciándose en cuanto que las primeras sanciones se identifican fundamentalmente con un sistema de imposición de multas, en tanto que las de carácter penal, consisten en penas de privación de la libertad.

Como consecuencia de lo anterior y conforme a la tendencia que en dicha época se empezó a manifestar en cuanto a la despenalización de las conductas infractoras en materia de propiedad industrial, muchas de las conductas anteriormente consideradas como delitos, como es el caso de la violación a las denominaciones de origen, dejaron de tenerse como tales, sólo dando lugar a la aplicación de sanciones de carácter administrativo. Se llegó a pensar que el hecho de que esta Ley tuviera un capítulo destinado a sanciones administrativas aplicables por la Secretaría de Industria y Comercio evitaba poner en marcha el aparato judicial, considerándose que sería más expedita la aplicación de la ley en la esfera administrativa.

10 Promulgada el 30 de diciembre de 1975, fue publicada en el Diario Oficial el 10 de febrero de 1976, entrando en vigor a partir del 11 de febrero de 1976.

Se imponía como pena de prisión, la de dos a seis años y multa de mil a cien mil pesos, o una sola de estas penas a juicio del juez, a quien cometiese cualquiera de los delitos previstos en el artículo 211 de la Ley.

El legislador conservó algunos de los principios prevista en la Ley de 1942, como la necesidad de una declaración de la autoridad administrativa en cuanto a la existencia de los hechos posiblemente constitutivos del delito, de manera previa al ejercicio de la acción penal, así como la utilización de leyendas obligatorias como condición igualmente para el ejercicio de la acción penal.

Atendiendo a la necesidad de adecuar la legislación en materia de propiedad industrial a las nuevas tendencias mundiales y particularmente al libre flujo de mercaderías y servicios, al través del Decreto de fecha 29 de diciembre de 1986, el que fue publicado en el Diario Oficial de 16 de enero de 1987 y entrando en vigor al día siguiente de su publicación, se procedió a reformar la Ley de Invenciones y Marcas. Del contenido de dichas reformas cabe destacar para efectos de este estudio, que aun conservándose el requisito de la declaratoria por parte de la autoridad administrativa respecto de la existencia de hechos constitutivos de delito, de manera previa al ejercicio de la acción penal, se contempla la posibilidad de que dentro de la averiguación previa se puedan adoptar por parte del Ministerio Público las medidas cautelares previstas en la legislación de la materia, incluyendo las contempladas en el Código Federal de Procedimientos Penales. De igual manera se adecua el monto de las sanciones impuestas por la comisión de alguna infracción administrativa, sin embargo, el aspecto más relevante lo constituye la introducción del artículo 223 bis, que establece textualmente lo siguiente:

> ARTÍCULO 223 BIS. Si durante la diligencia se comprobara fehacientemente la comisión de cualquiera de los actos de competencia desleal previstos en el artículo 210 inciso *b*), o de cualquiera de los delitos establecidos en el artículo 211, el inspector asegurará la mercancía o productos con los cuales se cometan dichas infracciones o delitos, levantando un inventario de los mismos, lo cual se hará constar en el acta a que se refiere el artículo 222 y designando como depositario al encargado o propietario del establecimiento si éste es fijo; si no lo fuere, se concentrará en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial la mercancía.
>
> Si en el establecimiento se cometen las infracciones o delitos con más del 30% de las mercancías que se expenden, se clausurará temporalmente.
>
> Si se trata de delitos, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial hará del conocimiento del Ministerio Público Federal los hechos y pondrá a su disposición la mercancía asegurada.
>
> Si la infracción consistiera en la venta de productos con marca registrada cuyo uso se haya autorizado, podrá autorizarse la venta de esta mercancía si el titular de la marca estuviese de acuerdo, o bien si se desprendiese de la mercancía la marca cuyo uso sea ilegítimo. En todo caso, al responsable se le impondrá la sanción que proceda.

Independientemente de la controversia que pudiese haber suscitado dicho precepto, en particular, en cuanto a las facultades de comprobación por parte del inspector de la autoridad administrativa respecto a la comisión fehaciente de algún acto de competencia desleal o delito, así como la atribución que se le da en el párrafo segundo del artículo antes transcrito, a fin de clausurar temporalmente un establecimiento, debe destacarse que es la primera ocasión que en un ordenamiento mexicano en nuestra materia, se incorpora una medida cautelar, consistente en el aseguramiento de la mercancía infractora.

III. La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial de 1991

La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial de 25 de junio de 1991,[11] adoptó el mismo criterio de la Ley de

11 Publicada en el Diario Oficial el 27 de junio de 1991, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

Invenciones y Marcas en cuanto a las sanciones a los infractores de los derechos de propiedad industrial, al establecer por un lado en su artículo 213, el catálogo de aquellas conductas constitutivas de una infracción administrativa y que son castigadas por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial con multa, clausura y arresto administrativo y por el otro lado, en su artículo 223 se enlistan las conductas que se consideran como delitos.

No obstante lo anterior, se percibe en este ordenamiento una clara intención de fortalecer la protección penal de la Propiedad Industrial, para lo cual el legislador se vio obligado a ampliar los tipos delictivos, en concordancia con lo anunciado en el Programa Nacional de Modernización Industrial y del Comercio Exterior de 1900 a 1994.[12]

A pesar de dicho propósito, subsiste la exigencia de que el Ministerio Público Federal contara con un dictamen técnico emitido por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, de manera previa al ejercicio de la acción penal, dictamen que es calificado por los especialistas como un "obstáculo procesal" y no un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal.[13]

En tratándose de infracciones administrativas, se precisan las hipótesis constitutivas de las mismas, afán de precisión que también está presente por lo que respecta a las sanciones aplicables a quien cometa una infracción administrativa.

Si bien es cierto que la Ley de Invenciones y Marcas, con motivo de su reforma en 1987, introduce por primera vez y de manera clara en el texto de la legislación sobre propiedad industrial, la posibilidad de adopción de medidas cautelares, en particular, el aseguramiento de la mercancía infractora, dicho primer esfuerzo fue por demás controvertido, dada la dotación

12 Publicado en el Diario Oficial del 14 de enero de 1990.

13 Véase, Sergio VELA TREVIÑO, "La averiguación previa relacionada con los delitos en contra de la propiedad industrial. Integración y medidas cautelares", en *Estudios de Propiedad Industrial*, Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Industrial, A.C., No. 3, México, 1992, p. 94.

de facultades extraordinarias a los inspectores comisionados por la autoridad administrativa. En consecuencia, en la Ley de 1991, se tiene especial cuidado en la fijación de esas atribuciones y el resultado es el artículo 211 de la Ley, que dispone:

> ARTÍCULO 211. Si durante la diligencia se comprobara fehacientemente la comisión de cualquiera de los actos o hechos previstos en los artículos 213 y 223, el inspector asegurará, en forma cautelar, los productos con los cuales presumiblemente se cometan dichas infracciones o delitos, levantando un inventario de los bienes asegurados, lo cual se hará constar en el acta de inspección y se designará como depositario al encargado o propietario del establecimiento en que se encuentren, si éste es fijo, si no lo fuere, se concentrarán los productos en la Secretaría.
>
> Si se trata de delitos, la Secretaría hará del conocimiento del Ministerio Público Federal los hechos y pondrá a su disposición los productos asegurados.

Durante la vigencia de dicho precepto se llevaron a cabo por la autoridad administrativa, un gran número de diligencias en las que se procedió al aseguramiento de bienes, sin que ya el inspector o inspectores comisionados tuvieran la atribución, en un momento dado, de clausurar de manera temporal el establecimiento visitado.

IV. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

Cuando México inició las negociaciones con los Estados Unidos de América y Canadá, que condujeron a la conclusión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC),[14] ya se habían hecho por nuestro país, modificaciones substanciales e importantes tanto a la legislación en materia de propiedad industrial, como a la de derechos de autor.

14 Fue publicado en el Diario Oficial, el 20 de diciembre de 1993, entrando en vigor el 1o. de enero de 1994.

A pesar de lo anterior, se incluyó el tema de propiedad intelectual, como uno de los seis grandes rubros de negociación, lo que condujo a la creación del capítulo XVII del TLC, que no obstante que trata la protección sustantiva de los derechos de propiedad intelectual, su parte más relevante la constituyen los artículos 1714 al 1718, que se refieren a los mecanismos para lograr la defensa y aplicación efectiva de los derechos de propiedad intelectual, siendo los enunciados de cada uno de los dichos preceptos, los siguientes:

Artículo 1714. Defensa de los derechos de propiedad intelectual. Disposiciones generales.

Artículo 1715. Aspectos procesales específicos y recursos en los procedimientos civiles y administrativos.

Artículo 1716. Medidas precautorias.

Artículo 1717. Procedimientos y sanciones penales.

Artículo 1718. Defensa de los derechos de propiedad intelectual en la frontera.

Es de destacarse el alcance del párrafo 1 del artículo 1714 del TLC, que de hecho contiene la filosofía inspiradora de los mecanismos de defensa de los derechos de propiedad intelectual, al disponer que cada una de las partes signatorias garantizará que su derecho interno contenga procedimientos de defensa de los derechos de propiedad intelectual que permita la adopción de medidas eficaces contra cualquier acto que infrinja los mismos, incluyendo recursos expeditos para prevenir las infracciones, así como para desalentar futuras infracciones, en la inteligencia de que dichos procedimientos se aplicarán de tal manera que se evite la creación de barreras al comercio legítimo y se proporcionen salvaguardas contra el abuso de dichos procedimientos.

Conforme a dichos principios, el artículo 1716 relativo a las medidas cautelares o precautorias dispone que las autoridades de los países signatarios tendrán la facultad de ordenar medidas precautorias rápidas y eficaces para evitar una infracción de cualquier derecho de propiedad intelectual y, en particular, evitar la introducción de mercancías presuntamente infractoras en los circuitos comerciales, incluyendo medidas para evitar la entrada de mercancías importadas al menos inmediatamente después del despacho aduanal, así como para conservar las pruebas pertinentes relacionadas con la supuesta infracción.

Desde luego, se establecen procedimientos y requisitos detallados a cumplir para obtener favorablemente la adopción de una medida cautelar.

Queda a cargo de los países contratantes, la obligación de prever procedimientos y sanciones penales que se apliquen cuando menos en los casos de falsificación dolosa de marcas o de piratería de derechos de autor a escala comercial.

Por lo que respecta al artículo 1718 del TLC, el mismo va a disponer todos los principios y procedimientos a seguir para lograr la defensa de los derechos de propiedad intelectual en la frontera y de esta manera evitar la introducción a alguno de los países signatarios, de bienes que materialicen la usurpación de algún derecho de propiedad intelectual.

V. La ley de la propiedad industrial de 1994

Cuando entró en vigor el TLC y al haber seguido el procedimiento previsto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para su aprobación, se convirtió en Ley Suprema de la Unión.

Como consecuencia de lo anterior, surgió la discusión en cuanto a si era necesario o no proceder a la reforma de la legislación en materia de propiedad intelectual, a fin de incorporar aquellas obligaciones asumidas por nuestro país, en virtud de la aprobación del TLC, particularmente en el ámbito de la defensa y aplicación efectiva de los derechos de propiedad intelectual, atendiendo a que teóricamente se podría sostener que las normas del TLC son auto-aplicativas y por ende, no ameritan la adecuación de la legislación ordinaria, a fin de cobrar plena vigencia.

A pesar de que podría afirmarse la auto-aplicabilidad de las disposiciones del TLC, se optó por la reforma a la legislación

ordinaria en nuestra materia, lo que desde luego contribuye a crear un clima de mayor seguridad jurídica.

Así tenemos que la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial de 1991, fue motivo de reformas y adiciones a través del decreto publicado en el Diario Oficial el 2 de agosto de 1994 y que entró en vigor el 1o. de octubre de ese año, destacando que como consecuencia de dichas reformas, se modificó el nombre de la Ley, habiendo quedado en el de "Ley de la Propiedad Industrial".

Dentro de la Exposición de Motivos de la correspondiente Iniciativa de reformas y adiciones a la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, se invocaron tres razones fundamentales, a saber: la necesidad de dotar al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial de la autonomía y facultades necesarias para convertirse en la autoridad administrativa encargada de la aplicación de la ley de la materia, la incorporación al texto legal ordinario de todos los compromisos que México había asumido en los distintos tratados internacionales que había suscrito y por último, la adecuación de aquellos preceptos o instituciones que al cabo de tres años no habían logrado plenamente sus propósitos u objetivos.

Independientemente de que se realizaron distintas y sustanciales modificaciones en el aspecto sustantivo de la Ley, se puso un mayor énfasis en las adecuaciones de la parte adjetiva, es decir, en todo lo concerniente a la defensa y aplicación efectiva de los derechos de propiedad industrial, tema que abordaré con especial interés en los procedimientos administrativos tendientes a evitar la usurpación de los derechos de propiedad industrial.

5.1 *Infracciones administrativas*

Atendiendo a una cada vez mayor tendencia para despenalizar las conductas infractoras de los derechos de propiedad industrial, en concordancia con el principio de subsidiariedad que rige el Derecho Penal moderno, es de apuntarse que las doce primeras fracciones que formaban parte del artículo 223 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial,

dejaron de considerarse como delitos a partir del 1o. de octubre de 1994 y son ahora hipótesis constitutivas de infracciones administrativas.

En sustitución de dichas doce fracciones, se incluyeron dos nuevos tipos delictivos en el artículo 223, bajo las descripciones siguientes:

a) Reincidir en las conductas previstas en las fracciones II a XXII del artículo 213 de la Ley, una vez que la primera sanción administrativa impuesta por esta razón haya quedado firme.

b) Falsificar marcas en forma dolosa y a escala comercial.

No siendo materia de esta exposición, el análisis de los tipos delictivos previstos en la Ley, lo omitiremos en consecuencia, pero ello no impide subrayar la deficiente técnica legislativa al realizar la descripción típica de la conducta materia de la sanción penal.

Como consecuencia de lo anterior, existe un artículo 213 reformado de la Ley que en sus veintitrés fracciones enlista diversas hipótesis de infracción administrativa, aun cuando no puede pasarse por alto, el hecho de que algunas de esas hipótesis se encuentran duplicadas en su tratamiento legislativo.

No obstante que en el mencionado precepto se detallan las conductas infractoras de derechos de propiedad industrial, puede sostenerse que la mayor parte de las descritas constituyen actos de competencia desleal, puesto que se trata de conductas contrarias a los buenos usos y costumbres de la industria o comercio y además causan o inducen al público a confusión, error o engaño en relación con el producto o servicio que requiere o con el establecimiento que lo ofrece.

Esos elementos que configuran la competencia desleal y que también están previstos en el artículo 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, que forma parte de nuestro derecho positivo, han sido desarrollados con mayor detalle por nuestros Tribunales Federales, en el precedente jurisprudencial que a continuación se transcribe:

ESCUELA LIBRE DE DERECHO BIBLIOTECA

MARCAS. COMPETENCIA DESLEAL. REQUISITOS PARA QUE SE ACTUALICE LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA PREVISTA EN LA LEY DE INVENCIONES Y MARCAS

La Ley de Invenciones y Marcas en su artículo 210, señala de manera enunciativa doce actos que constituyen infracciones administrativas, por ser actos contrarios a los buenos usos y costumbres de la industria, comercio y servicios que impliquen competencia desleal, entre los que se encuentran, el efectuar en el ejercicio de actividades industriales o mercantiles, actos que causen o induzcan al público a confusión, error o engaño, por hacer creer o suponer infundadamente, la existencia de una relación o asociación entre dos establecimientos, que la fabricación de un producto se realiza bajo normas, licencias o autorización de un tercero, o que se presta un servicio o se vende un producto con autorización o licencia de un tercero (inciso b), fracción XI), de esta manera encontramos en el citado precepto dos elementos indispensables para que se actualice la infracción administrativa en él prevista, el primero se refiere a la existencia de una conducta contraria a los buenos usos y costumbres de la industria o comercio que implique competencia desleal y el segundo elemento consiste en que esa conducta cause o induzca al público a confusión, error o engaño en relación con el producto o servicio que requiere o con el establecimiento que lo ofrece, por lo que respecta al primer elemento, debemos atender a los lineamientos del legislador, en el sentido de considerar que todo acto contrario a los usos, costumbres y leyes que rigen la industria o el comercio que menoscabe la libre competencia o perjudique al público consumidor constituye una competencia desleal. En nuestro sistema jurídico, la libre competencia está constitucionalmente garantizada por los artículos 5o. y 28 de nuestra Carta Magna, y conforme a dichos preceptos a nadie puede impedirse que se dedique a la profesión, industria o comercio que se le acomode, siendo lícito y cuando no se ataquen los derechos de terceros ni se ofendan los derechos de la sociedad; se

prohiben los monopolios a excepción de aquellos que por su naturaleza corresponden al Estado y de los privilegios que conceden las leyes sobre derechos de autor y de invenciones y marcas. Ahora bien, en materia de propiedad industrial nuestro país se enmarca en un tratado internacional, que es el Convenio de la Unión de París, vigente desde mil novecientos ochenta y tres, mismo que en términos del artículo 133 constitucional, es la ley en nuestro país; este convenio fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de julio de mil novecientos setenta y seis, y en su artículo 10 bis señala expresamente que, los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales, una protección eficaz contra la competencia desleal, y aclara "constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial". Con base en esto, la Ley de Invenciones y Marcas vigente, trata de evitar la competencia desleal reprimiendo los actos deshonestos en materia de industria y comercio, y aquellos que sean contrarios a las disposiciones que consagra. Para el estudio de estos actos deshonestos, es importante tener presente que lo sancionable, es el abuso del bien jurídico tutelado por el artículo 28 Constitucional, es decir, el abuso a la libertad de competencia que en él se consagra, no siendo admisible la restricción de esta libertad sin la existencia de una conducta que se adecue exactamente al supuesto jurídico contemplado por la norma legal. La ley señala una serie de actos deshonestos que considera como conductas de competencia desleal, que aparte de ser actos contrarios a las disposiciones que la misma establece, causan perjuicio no sólo al tercero de quien obtiene beneficio o causan daño, sino también al desarrollo del comercio y la industria, repercutiendo a su vez en un daño para el público que requiere de los productos o servicios que le ofrecen. Así, tomando en cuenta los actos deshonestos que se sancionan como infracciones administrativas y como delitos, podemos definir a la competencia desleal, como la conducta de un competidor que utilizando cualquier proce-

dimiento en contra de las buenas costumbres o de alguna disposición legal, sustraiga, utilice o explote un derecho comercial o industrial de otro recurrente, con el fin de obtener ventajas indebidas para sí, para varias personas, o para causarle un daño a aquél, para tal efecto, debemos decir que el concepto de buenas costumbres ha sido interpretado por la doctrina como los principios deducibles de normas positivas que son aceptados por el sentimiento jurídico de una comunidad, así, costumbres comerciales como anuncios, promociones de ventas, campañas de descuento, etcétera, son lícitas y permitidas para atraer clientela a un establecimiento o hacia un producto, siempre que no se empleen medios reprochables para ello. Siguiendo con el concepto de competencia desleal a que hemos llegado, es requisito primordial para que haya deslealtad, que primero exista competencia entre los comerciantes, es decir, que desarrollen una actividad encaminada o relacionada con el mismo fin, toda vez que ésta independientemente de que sea sancionable por otros medios, no constituye competencia desleal. También cabe decir, que la conducta deshonesta del comerciante desleal puede ser activa o pasiva, es decir, consistir en un hacer o en una omisión, realizada con la intención de obtener un beneficio propio o causar daño a otro recurrente. Ahora bien, para que esa competencia desleal sea sancionable como infracción administrativa, en el supuesto que estudiamos, es indispensable que se actualice el segundo supuesto, consistente en que esa conducta calificada de desleal cause o induzca al público a confusión, error o engaño en relación con el producto o servicio que requiere o con el establecimiento que lo ofrece; para entender este segundo supuesto, es importante establecer lo que se entiende por causar o inducir al público, esto es, producir en él, un ánimo incitándolo o persuadiéndolo a moverse en determinado sentido, con el fin de obtenerlo como cliente, esto es válido en la libre competencia pero no a través de conductas deshonestas. Lo que resulta reprochable, es obtener este fin mediante la confusión, el error o el engaño

en que se hace caer al público. Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, confusión, significa la mezcla de dos o más cosas diversas de modo que las partes de la una se incorporen a la otra, falta de orden o de claridad; la acepción de error, es concepto equivocado o juicio falso y engaño, la falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre. De esta manera, la conducta del comerciante encaminada a confundir, equivocar o engañar al público, es una conducta deshonesta, pero sólo encuadra en el supuesto de infracción que analizamos, si la confusión, el error o el engaño lo llevan a suponer que existe relación o asociación entre un establecimiento y el de un tercero, como por ejemplo en las cadenas de tiendas o negocios que ostentan la misma o semejante denominación, o bien, que lo hagan suponer que se fabrican o venden productos o se prestan servicios bajo las normas, licencia o autorización de un tercero, como por ejemplo, las agencias de carros que componen o venden piezas originales de la misma empresa que fabrica los automóviles, para que una conducta sea sancionable conforme a la ley, es necesario que se cumplan todos los requisitos previstos en las hipótesis normativas, en virtud, de que en nuestro sistema jurídico, a excepción de que expresamente lo señale la ley, no es admisible la aplicación de sanciones por conductas análogas a las previstas. En estas condiciones, resulta necesario para que surta la causa de infracción administrativa, que se den los dos elementos que han sido analizados."

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 3043/90. Kenworth Mexicana, S.A. de C.V., 30 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Guadalupe Robles Denetro.

El artículo 213 de la Ley de la Propiedad Industrial recoge en su fracción I de una manera general y abstracta, la noción de competencia desleal a que nos hemos referido, sin embargo, de una manera lamentable la restringe o relaciona con los ins-

titutos regulados por la propia ley, siendo que el concepto de competencia desleal, es desde luego, más amplio que la mera violación a los derechos de propiedad industrial.

La anterior consideración se puede desprender de la lectura del mencionado artículo 213, que se transcribe a continuación:

"Artículo 213. Son infracciones administrativas:

I. Realizar actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que impliquen competencia desleal y que se relacionen con la materia que esta ley regula;

II. Hacer aparecer como productos patentados aquéllos que no lo estén. Si la patente ha caducado o fue declarada nula, se incurrirá en la infracción después de un año de la fecha de caducidad o, en su caso, de la fecha en que haya quedado firme la declaración de nulidad;

III. Poner a la venta o en circulación productos u ofrecer servicios, indicando que están protegidos por una marca registrada sin que lo estén. Si el registro de marca ha caducado o ha sido declarado nulo o cancelado, se incurrirá en infracción después de un año de la fecha de caducidad o en su caso, de la fecha en que haya quedado firme la declaración correspondiente;

IV. Usar una marca parecida en grado de confusión a otra registrada, para amparar los mismos o similares productos o servicios que los protegidos por la registrada;

V. Usar sin consentimiento de su titular, una marca registrada o semejante en grado de confusión como elemento de un nombre comercial o de una denominación o razón social, o viceversa, siempre que dichos nombres, denominaciones o razones sociales estén relacionados con establecimientos que operen con los productos o servicios protegidos por la marca;

VI. Usar, dentro de la zona geográfica de la clientela efectiva o en cualquier parte de la República, en el caso previsto por el artículo 105 de esta ley, un nombre comercial idéntico o semejante en grado de confusión, con otro que ya esté siendo usado por un tercero, para amparar un establecimiento industrial, comercial o de servicios del mismo o similar giro;

VII. Usar como marcas las denominaciones, signos, símbolos, siglas o emblemas a que se refiere el artículo 4o. y las fracciones VII, VIII, IX, XII, XIII, XIV y XV del artículo 90 de esta Ley;

VIII. Usar una marca previamente registrada o semejante en grado de confusión como nombre comercial, denominación o razón social o como partes de éstos, de una persona física o moral cuya actividad sea la producción, importación o comercialización de bienes o servicios iguales o similares a los que se aplica la marca registrada, sin el consentimiento, manifestado por escrito, del titular del registro de marca o de la persona que tenga facultades para ello;

IX. Efectuar, en el ejercicio de actividades industriales o mercantiles, actos que causen o induzcan al público a confusión, error o engaño, por hacer creer o suponer infundadamente:

a) La existencia de una relación o asociación entre un establecimiento y el de un tercero;

b) Que se fabriquen productos bajo especificaciones, licencias o autorización de un tercero;

c) Que se prestan servicios o se venden productos bajo autorización, licencias o especificaciones de un tercero;

d) Que el producto de que se trate proviene de un territorio, región o localidad distinta al verdadero lugar de origen, de modo que induzca al público a error en cuanto al origen geográfico del producto;

X. Intentar o lograr el propósito de desprestigiar los productos, los servicios, la actividad industrial o comercial o el establecimiento de otro. No estará comprendida en esta disposición, la comparación de productos o servicios que ampare la marca con el propósito de informar al público, siempre que dicha comparación no sea tendenciosa, falsa o exagerada en los términos de la Ley Federal de Protección al Consumidor;

XI. Fabricar o elaborar productos amparados por una patente o por un registro de modelo de utilidad o diseño industrial, sin consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva;

XII. Ofrecer en venta o poner en circulación productos amparados por una patente o por un registro de modelo de utilidad o diseño industrial, a sabiendas de que fueron fabricados o elaborados sin consentimiento del titular de la patente o registro o sin la licencia respectiva;

XIII. Utilizar procesos patentados, sin consentimiento del titular de la patente o sin la licencia respectiva;

XIV. Ofrecer en venta o poner en circulación productos que sean resultado de la utilización de procesos patentados, a sabiendas que fueron utilizados sin el consentimiento del titular de la patente o de quien tuviera una licencia de explotación;

XV. Reproducir o imitar diseños industriales protegidos por un registro, sin el consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva;

XVI. Usar un aviso comercial registrado o uno semejante en grado de confusión, sin el consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva para anunciar bienes, servicios o establecimientos iguales o similares a los que se aplique el aviso;

XVII. Usar un nombre comercial o uno semejante en grado de confusión, sin el consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva, para amparar un establecimiento industrial, comercial o de servicios del mismo o similar giro;

XVIII. Usar una marca registrada, sin el consentimiento de su titular o sin la licencia respectiva, en productos o servicios iguales o similares a los que la marca se aplique;

XIX. Ofrecer en venta o poner en circulación productos iguales o similares a los que se aplica una marca registrada, a sabiendas de que se usó ésta en los mismos sin consentimiento de su titular;

XX. Ofrecer en venta o poner en circulación productos a los que se aplica una marca registrada que hayan sido alterados;

XXI. Ofrecer en venta o poner en circulación productos a los que se aplica una marca registrada, después de haber alterado, sustituido, o suprimido parcial o totalmente ésta;

XXII. Usar sin autorización o licencia correspondiente una denominación de origen, y

XXIII. Las demás violaciones a las disposiciones de esta Ley que no constituyan delitos.

Cabe destacar que en el contenido de dicho precepto, se pueden apreciar conductas prácticamente idénticas que han sido descritas en dos fracciones distintas, como es el caso de las contempladas en las fracciones V y VIII en cuanto al uso de una marca registrada como elemento o parte integrante de un nombre comercial, razón o denominación social, así como las previstas en las fracciones VI y XVII correspondientes a la usurpación del nombre comercial.

El artículo 6o. de la Ley de la Propiedad Industrial que establece las facultades del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), dispone en su fracción V, lo siguiente:

ARTÍCULO 6o. El Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, autoridad administrativa en materia de propiedad industrial, es un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, el cual tendrá las siguientes facultades:

V. Realizar las investigaciones de presuntas infracciones administrativas; ordenar y practicar visitas de inspección; requerir información y datos; ordenar y ejecutar las medidas provisionales para prevenir o hacer cesar la violación a los derechos de propiedad industrial; oír en su defensa a los presuntos infractores, e imponer las sanciones administrativas correspondientes en materia de propiedad Industrial.

Atendiendo al contenido de dicho precepto, es clara la competencia de la autoridad administrativa, en este caso, el IMPI, para llevar al cabo los procedimientos de investigación de las presuntas infracciones administrativas, aplicar, si proceden,

las medidas cautelares previstas en la Ley y emitir las resoluciones en donde aplique las sanciones correspondientes. El referido procedimiento debe sujetarse a las disposiciones contenidas en el Capítulo II del Título Sexto de la Ley de la Propiedad Industrial, que analizaremos a continuación.

5.2 *Procedimiento de declaración administrativa de infracción*

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, es claro que el procedimiento de declaración administrativa de infracción, se seguirá ante el IMPI, quien de acuerdo con el artículo 188 de la Ley de la Propiedad Industrial, lo podrá iniciar de oficio o a petición de quien tenga interés jurídico y funde su pretensión.

Cuando dicho precepto menciona que quien podrá iniciar el procedimiento será quien tenga interés jurídico y funde su pretensión, estamos en presencia necesariamente del ejercicio de una acción de carácter procesal desde el punto de vista material.

De acuerdo con el procesalista Chiovenda,[15] la acción consta de los tres elementos siguientes:

a) Los sujetos, o sea el sujeto activo, al que corresponde el poder de obrar, y el pasivo frente al cual corresponde el poder obrar.

b) La causa eficiente de la acción, o sea un interés que es el fundamento de que la acción corresponda, y que ordinariamente se desarrolla, a su vez, en dos elementos: un derecho y un estado de hecho contrario al derecho mismo (*causa petendi*); y

c) El objeto, o sea el efecto a que tiende el poder de obrar, lo que se pide (*petitum*).

Pretendiendo trasladar dichos elementos a la acción que se ejerce en defensa de un derecho de propiedad industrial, es claro que los mismos concurren, pudiendo afirmar que las acciones por usurpación de un derecho de propiedad industrial,

15 Citado por Rafael DE PINA y José CASTILLO LARRANAGA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, décima edición, México, D.F., p. 171.

revisten todas las características de una acción procesal desde el punto de vista material. En efecto, existirán los dos sujetos, tanto activo como pasivo, que generalmente se identifican con el titular legítimo del derecho de propiedad industrial y el presunto infractor de dicho derecho, siendo la *causa petendi*, la existencia de ese derecho de propiedad industrial y su usurpación por un tercero no autorizado, en tanto que el *petitum*, o el objeto en el ejercicio de la acción, será la suspensión o prohibición de esa conducta infractora y la eventual aplicación de una sanción por parte de la autoridad administrativa.

Si se busca la clasificación de la acción de defensa de un derecho de propiedad industrial, conforme a los principios teóricos generales en materia procesal, podemos determinar que atendiendo a la naturaleza del derecho material que se ejercita en juicio, estaremos en presencia de una acción personal y por lo que respecta a la finalidad que persigue el actor, se trata de una acción de carácter fundamentalmente declarativa.

Es pertinente apuntar que por disposición expresa del artículo 187 de la Ley de la Propiedad Industrial, las normas del Código Federal de Procedimientos Civiles son de aplicación supletoria en todo lo que no se opongan, tratándose de los procedimientos de declaración administrativa de infracción.

En consecuencia de lo anterior, cobra especial relevancia el primer párrafo del artículo lo. del Código Federal de Procedimientos Civiles que dispone lo siguiente:

> ARTÍCULO lo. Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena, y quien tenga el interés contrario.

En términos de dicho precepto y en concordancia con el artículo 188 de la Ley de la Propiedad Industrial, quien ejercita una acción por usurpación de un derecho de propiedad industrial, debe acreditar que tiene un interés jurídico concreto, no bastando con que invoque un mero interés simple.

La solicitud de declaración administrativa de infracción, debe reunir los requisitos previstos en el artículo 189 de la Ley de la Propiedad Industrial, a saber:

a) Nombre del solicitante y, en su caso, de su representante.
b) Domicilio para oír y recibir notificaciones.
c) Nombre y domicilio de la contraparte o de su representante.
d) El objeto de la solicitud, detallándolo en términos claros y precisos.
e) La descripción de los hechos, y
f) Los fundamentos de derecho.

Aun cuando no se contempla como uno de los requisitos o apartados que debe satisfacer la solicitud de declaración administrativa de infracción, ha de considerarse como tal, lo concerniente a un capítulo de pruebas y otro de medidas cautelares, en su caso.

De acuerdo con el artículo 190 de la Ley, dicha solicitud de declaración administrativa deberá acompañarse de los documentos y constancias en que se funde la acción y ofrecerse las pruebas correspondientes. Como lo correspondiente a las pruebas dentro de este tipo de procedimientos reúne particularidades específicas, serán materia de análisis detallado más adelante.

En el caso de que la solicitud no satisfaciera los requisitos previstos en el artículo 189, el IMPI requerirá al solicitante por una sola vez, para que subsane la omisión en que incurrió o haga las aclaraciones correspondientes, concediéndole un plazo de ocho días y en caso de no cumplirse tal requerimiento dentro de dicho plazo, se desechará la solicitud. Este requerimiento que puede hacer el IMPI, equivaldría a la figura de la "Prevención", que es muy común en los distintos ordenamientos procesales.

No obstante la existencia de esa posibilidad prevista en la Ley, ella no opera cuando el promovente no acredite su personalidad o cuando el registro, patente, autorización o publicación que sea base de la acción, carezca de vigencia, en cuyas

hipótesis, el IMPI desechará de plano la solicitud de declaración administrativa.

Una vez que estén satisfechos los requisitos contemplados en el artículo 189 de la Ley, el IMPI correrá traslado al presunto infractor, con los elementos y pruebas que sustenten la presunta infracción, concediéndole un plazo de diez días para que manifieste lo que a su derecho convenga y presente las pruebas correspondientes, de acuerdo con el artículo 216 de la Ley.

Como en la mayor parte de los procedimientos de declaración administrativa de infracción, se ofrece como uno de los medios de prueba, la práctica de una visita de inspección por parte del personal comisionado del IMPI, es hacia el final de la correspondiente diligencia, en que se corre traslado al presunto infractor con los documentos al través de los cuales se ejerció la acción.

De acuerdo con el artículo 195 de la Ley, dentro de estos procedimientos de declaración administrativa no se sustanciarán incidentes de previo y especial pronunciamiento sino que se resolverán al emitirse la resolución que proceda, pero ello no debe obstar para que cuando alguna de las partes plantee la regularización del procedimiento con apoyo en lo establecido por el artículo 58 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se dé curso a dicha instancia.

También por disposición expresa de la Ley, en su artículo 197, el escrito en que el presunto infractor formule sus manifestaciones, o en otras palabras, produzca su contestación a la solicitud de declaración administrativa de infracción, debe satisfacer los siguientes requisitos:

a) Nombre del presunto infractor y, en su caso, de su representante.
b) Domicilio para oír y recibir notificaciones.
c) Excepciones y defensas.
d) Las manifestaciones u objeciones a cada uno de los puntos de la solicitud de declaración administrativa, y
e) Fundamentos de derecho.

Aplicando supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles, en particular, su artículo 332, la falta de contestación a la solicitud de declaración administrativa, o su contestación extemporánea, traerá como consecuencia que se tengan por confesados los hechos de la solicitud o demanda.

Una vez que haya transcurrido el plazo para que el presunto infractor presente sus manifestaciones, previo estudio de los antecedentes relativos y habiéndose desahogado todas y cada una de las pruebas, se dictará la correspondiente resolución administrativa, en la que se impondrán las sanciones que fueren procedentes.

Desde luego, la resolución se notificará a las partes en el domicilio señalado en el expediente y reviste la característica de una resolución definitiva desde el punto de vista administrativo, al no contemplar la Ley ningún recurso ordinario en contra de la misma, siendo solamente susceptible de ser impugnada mediante el juicio de amparo indirecto ante un Juez de Distrito.

Dicha resolución administrativa debe revestir todas las características y principios inherentes a una sentencia judicial, como son los de congruencia, motivación y exhaustividad.

5.2.1 *Medidas cautelares*

Tal y como se señaló con anterioridad, uno de los aspectos más sobresalientes de la reforma a la legislación en materia de propiedad industrial que tuvo lugar en 1994, y como consecuencia de la entrada en vigor del TLC, fue el mejoramiento de los mecanismos y procedimientos para obtener la aplicación efectiva de los derechos de propiedad industrial y lograr su respeto.

Dentro de esos propósitos, se ubica el establecimiento de un sistema concreto y detallado de medidas cautelares que pueden ser solicitadas por la parte actora dentro de los procedimientos de declaración administrativa de infracción, particularmente al momento de formular la correspondiente solicitud o demanda.

El artículo 199 bis de la Ley contiene el listado de las medidas que pueden ser adoptadas por el IMPI, así como también por las autoridades judiciales de acuerdo con los artículos 227 y 228 de la Ley.

Por la importancia del mencionado artículo 199 bis, procedo a transcribirlo, a continuación:

> ARTÍCULO 199 bis. En los procedimientos de declaración administrativa relativos a la violación de alguno de los derechos que protege esta Ley, el Instituto podrá adoptar las siguientes medidas:
>
> I. Ordenar el retiro de la circulación o impedir ésta, respecto de las mercancías que infrinjan derechos de los tutelados por esta Ley;
>
> II. Ordenar se retiren de la circulación:
>
> *a*) Los objetos fabricados o usados ilegalmente;
>
> *b*) Los objetos, empaques, envases, embalajes, papelería, material publicitario y similares que infrinjan alguno de los derechos tutelados por esta Ley;
>
> *c*) Los anuncios, letreros, rótulos, papelería y similares que infrinjan algunos de los derechos tutelados por esta Ley; y
>
> *d*) Los utensilios o instrumentos destinados o utilizados en la fabricación, elaboración u obtención de cualquiera de los señalados en los incisos a), b) y c), anteriores;
>
> III. Prohibir, de inmediato, la comercialización o uso de los productos con los que se viole un derecho de los protegidos por esta Ley;
>
> IV. Ordenar el aseguramiento de bienes, mismo que se practicará conforme a lo dispuesto en los artículos 211 a 212 bis 2;
>
> V. Ordenar al presunto infractor o a terceros la suspensión o cese de los actos que constituyan una violación a las disposiciones de esta Ley, y
>
> VI. Ordenar se suspenda la prestación del servicio o se clausure el establecimiento cuando las medidas que se pre-

vén en las fracciones anteriores, no sean suficientes para prevenir o evitar la violación a los derechos protegidos por esta Ley.

Si el producto o servicio se encuentra en el comercio, los comerciantes o prestadores tendrán la obligación de abstenerse de su enajenación o prestación a partir de la fecha en que se les notifique la resolución.

Igual obligación tendrán los productores, fabricantes, importadores y sus distribuidores, quienes serán responsables de recuperar de inmediato los productos que ya se encuentren en el comercio.

Como se puede apreciar de la lectura de dicho precepto, existe una amplia variedad de medidas cautelares que se pueden adoptar por el IMPI en cualquier momento, con la salvedad de que la orden de suspensión de la prestación de los servicios en un establecimiento o la clausura de éste, sólo se pueden acordar cuando las otras medidas provisionales no hubiesen sido suficientes para disuadir la comisión de la infracción.

Al momento de solicitar la medida, el promovente deberá cumplir con los siguientes requisitos previstos en el artículo 199 bis 1 de la Ley, a saber:

a) Acreditar ser el titular del derecho y cualquiera de los siguientes supuestos:

La existencia de una violación a su derecho;

Que la violación a su derecho sea inminente;

La existencia de la posibilidad de sufrir un daño irreparable, y

La existencia de temor fundado de que las pruebas se destruyan, oculten, pierdan o alteren.

b) Otorgar fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que se pudieran causar a la persona en contra de quien se haya solicitado la medida, y

c) Proporcionar la información necesaria para la identificación de los bienes, servicios o establecimientos con los cuales o

en donde se comete la violación a los derechos de propiedad industrial.

El IMPI deberá tomar en consideración la gravedad de la infracción y la naturaleza de la medida solicitada para decidir su ejecución, así como para determinar el importe de la fianza, y en su caso, el de la contrafianza que llegare a exhibir con el objeto de obtener su levantamiento, la persona contra la que se haya adoptado la medida.

También el IMPI habrá de atender al contenido del artículo 229 de la Ley, ya que para la adopción de las medidas cautelares, será necesario que el titular del derecho haya aplicado a los productos, envases o embalajes, las indicaciones y leyendas previstas en los artículos 26 y 131 de la propia Ley, es decir, la indicación de que el producto o proceso está patentado o el bien o servicio amparado por una marca registrada, o haber manifestado o hecho del conocimiento público por algún otro medio que los productos, procesos o servicios se encuentran protegidos por un derecho de propiedad industrial.

De todas estas medidas cautelares, la que con más frecuencia es ordenada por el IMPI, y que al mismo tiempo tiene mayores implicaciones prácticas, es el aseguramiento de bienes, mismo que deberá sujetarse a las normas previstas en los artículos 211 a 212 bis 2 de la Ley.

El aseguramiento de bienes es practicado por los Inspectores comisionados del IMPI, al llevarse al cabo la visita de inspección que en todo caso debe ser propuesta por el solicitante de la medida cautelar.

Si durante la práctica de dicha diligencia de inspección se comprobara fehacientemente la comisión de cualquiera de las conductas que sean constitutivas de infracción administrativa o de delito, el inspector asegurará, en forma cautelar, los productos con los cuales presumiblemente se cometan dichas infracciones o delitos. Se deberá levantar un inventario detallado de los bienes asegurados, lo cual se hará constar en la propia acta de la visita de inspección.

De acuerdo con el artículo 211 de la Ley, se designará como depositario al encargado o propietario del establecimiento en

que se encuentren los productos asegurados, siempre y cuando el establecimiento fuere fijo, sin embargo, el artículo 212 Bis 1 de la Ley establece que se preferirá como depositario a la persona o Institución que bajo su responsabilidad, designe el solicitante de la medida, lo que desde luego implica una contradicción, que a mi juicio deberá resolverse en favor de la hipótesis que le da al solicitante de la medida cautelar, la posibilidad de designar al depositario, puesto que dicho solicitante es quien tiene interés en la conservación de los bienes asegurados.

Cuando el establecimiento donde se encuentren los productos asegurados no fuese fijo, los bienes se depositarán en el IMPI, quien de acuerdo con la fracción III del artículo 72 del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, deberá contar con un local especialmente dispuesto para el efecto y conservará los bienes bajo su propia responsabilidad o en su caso, de la delegación correspondiente de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

El aseguramiento de bienes podrá recaer en:

a) Equipo, instrumentos, maquinaria, dispositivos, diseños, especificaciones, planos, manuales, moldes, clisés, placas, y en general de cualquier medio empleado en la realización de los actos o hechos considerados como infracciones o delitos por la Ley.

b) Libros, registros, documentos, modelos, muestras, etiquetas, papelería, material publicitario, facturas y en general de cualquiera otro del que se puedan inferir elementos de prueba, y

c) Mercancías, productos y cualesquiera otros bienes en los que se materialice la infracción a los derechos protegidos por la Ley.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 212 bis de la Ley, existe una amplia gama de bienes sobre los que puede recaer el aseguramiento, dejándose abierta la posibilidad de asegurar cualquier bien con el que se cometa alguna infracción o se materialice ésta, lo que demuestra el espíritu del legislador en el

sentido de evitar y disuadir la comisión de cualquier infracción a los derechos de propiedad industrial.

Durante la práctica de la visita de inspección en la que se asegure mercancía infractora, el titular del derecho de propiedad industrial presumiblemente infringido tiene derecho a estar presente por sí mismo o por conducto de apoderado, pudiendo formular observaciones, las que se deberán asentar en la correspondiente acta.

El artículo 72, fracción IV del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial faculta al Inspector comisionado del IMPI a tomar todas las providencias necesarias para la práctica de la diligencia y para llevar al cabo el aseguramiento, pudiendo solicitar el auxilio de la fuerza pública o la intervención del Ministerio Público Federal, cuando lo estime conveniente, particularmente cuando haya alguna oposición por parte de la empresa o establecimiento visitado, no obstante la disposición expresa del artículo 206 de la Ley que establece que los propietarios o encargados de establecimientos en que se fabriquen, almacenen, distribuyan, vendan o se ofrezcan en venta los productos o se presten servicios, tendrán la obligación de permitir el acceso al personal comisionado para practicar visitas de inspección.

Una vez que el IMPI emita la resolución definitiva del procedimiento de declaración administrativa de infracción, en ella decidirá sobre el levantamiento o definitividad de las medidas cautelares, debiendo también poner a disposición del afectado la fianza o contrafianza que se hubiesen exhibido.

Si en la misma resolución definitiva se declaró la comisión de una infracción administrativa, el IMPI decidirá, con audiencia de las partes, sobre el destino de los bienes asegurados, sujetándose a las reglas previstas en el artículo 212 Bis 2 de la Ley.

5.2.2 *Medios probatorios*

Siendo la prueba, la parte central de todo procedimiento litigioso, no debemos pasar por alto, determinadas modalidades que en materia de prueba están presentes dentro de los proce-

dimientos de aplicación efectiva y defensa de los derechos de propiedad industrial.

Así tenemos que el artículo 192 de la Ley en su primer párrafo, dispone que en los procedimientos de declaración administrativa se admitirán toda clase de pruebas, excepto la testimonial y confesional, salvo que el testimonio o la confesión estén contenidas en documental, así como las que sean contrarias a la moral y al derecho.

De acuerdo con la lectura de dicho precepto, podemos desprender por un lado, que si el testimonio o la confesión están contenidas en documental, dejan de revestir las características de pruebas testimonial o confesional, puesto que el aspecto más relevante de estas últimas es la oralidad en su recepción y presunta espontaneidad en su rendición, por parte del declarante o del absolvente y al estar contenidas en un documento pierden esas notas distintivas y se convierten en una mera prueba documental. Por otro lado, al disponer la Ley que se admitirán toda clase de pruebas con excepción de las contrarias a la moral y al derecho, se actualiza la hipótesis del artículo 87 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria que dispone que el tribunal debe recibir las pruebas que le presenten las partes, siempre que estén reconocidas por la Ley.

Así tenemos, que el artículo 93 del Código Federal de Procedimientos Civiles, establece textualmente lo siguiente:

ARTÍCULO 93. La Ley reconoce como medios de prueba:

I. La confesión;
II. Los documentos públicos;
III. Los documentos privados;
IV. Los dictámenes periciales;
V. El reconocimiento o inspección judicial;
VI. Los testigos;
VII. Las fotografías, escritos y notas taquigráficas y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia, y
VIII. Las presunciones.

En materia de ofrecimiento y desahogo de pruebas, existen normas concretas muy escasas en la Ley de la Propiedad Industrial, estando presentes sólo en los casos del ofrecimiento de pruebas documentales y desahogo de visitas de inspeccion, por lo que en todas las demás circunstancias, cabe la aplicación supletoria de las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles, incluyendo las concernientes al término para la objeción de pruebas de la contraria, previsto en el caso de la prueba documental en el artículo 142 del propio Código Federal.

De acuerdo con los artículos 190 y 197 de la Ley de la Propiedad Industrial, las pruebas deben ofrecerse en el escrito de solicitud de declaración administrativa de infracción o en su caso, en el de contestación a dicha solicitud, lo que nos lleva a concluir que no existe dentro del procedimiento, una etapa de ofrecimiento de pruebas. Los medios probatorios que se ofrezcan posteriormente, no serán admitidos, salvo que se trate de pruebas supervenientes. No precisando la Ley de la Propiedad Industrial, lo que debe entenderse por pruebas supervenientes, debemos referirnos al artículo 324 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que alude a las pruebas supervenientes como aquellas que sirvan de prueba contra las excepciones alegadas por el demandado, las que fueren de fecha posterior a la presentación de la demanda y aquellas que, aunque fueren anteriores, la parte que las ofrezca manifieste bajo protesta de decir verdad que no tenía conocimiento de ellas.

El artículo 190 de la Ley, en su segundo párrafo establece que cuando se ofrezca como prueba algún documento que obre en los archivos del IMPI, el oferente deberá precisar el expediente en el cual se encuentra y solicitar la expedición de la copia certificada correspondiente o, en su caso, el cotejo de la copia simple que exhiba. Esta disposición aparentemente sin complicaciones, rompe con una tradición en el litigio que consiste en que cuando se ofrece como prueba un expediente que obra en el archivo del mismo órgano jurisdiccional, o en este caso, del IMPI, bastaba con proponer dicha prueba y solicitar que el expediente se tuviera a la vista, al momento de dictar resolución. Esto ya no se puede hacer ahora, sino que habrá

que exhibir o solicitar la copia certificada del propio expediente, o en caso de presentar una copia simple, pedir su cotejo con el original.

Tratándose también de pruebas documentales, la Ley reconoce valor probatorio a las facturas expedidas y a los inventarios elaborados por el titular de un derecho de propiedad industrial o su licenciatario.

Con base en el reconocimiento de las diligencias para mejor proveer que existen en diversas legislaciones procesales, el artículo 192 bis de la Ley faculta al IMPI para valerse de los medios de prueba que estime necesarios para la comprobación de hechos que puedan constituir violación de alguno o algunos de los derechos protegidos por la Ley.

Como consecuencia de la adopción del TLC por parte de nuestro país, se introduce por primera vez en la legislación mexicana, una institución en materia de pruebas, que guarda gran similitud con el "discovery" del derecho anglosajón. Las normas correspondientes están contempladas en los párrafos segundo y tercero del artículo 192 bis de la Ley, que disponen:

> ARTÍCUL0 192 bis...
>
> Cuando el titular afectado y el presunto infractor hayan presentado las pruebas suficientes a las que razonablemente tengan acceso como base de sus pretensiones y hayan indicado alguna prueba pertinente para la sustentación de dichas pretensiones que esté bajo el control de la contraria, el Instituto podrá ordenar a ésta la presentación de dicha prueba, con apego, en su caso, a las condiciones que garanticen la protección de información confidencial.
>
> Cuando el titular afectado o el presunto infractor nieguen el acceso a pruebas o no proporcionen pruebas pertinentes bajo su control en un plazo razonable, u obstaculicen de manera significativa el procedimiento, el Instituto podrá dictar resoluciones preliminares y definitivas, de naturaleza positiva o negativa, con base en las pruebas presentadas, incluyendo los argumentos presentados por quien resulte afectado desfavorablemente con la denegación de acceso a las pruebas, a condición de que se conceda a los interesados la oportunidad de ser oídos respecto de los argumentos y las pruebas, presentadas.

Atendiendo a que en materia de infracción de patentes de proceso para la obtención de un producto, es particularmente difícil acreditar la utilización del proceso patentado por parte del infractor, se ha venido siguiendo una tendencia global a instituir la inversión de la carga de la prueba en los procedimientos administrativos de infracción correspondientes, como una excepción al principio tradicional de que el que afirma está obligado a probar. Dicha inversión de la carga de la prueba es regulada por el artículo 192 bis 1 de la Ley, del tenor literal siguiente:

> ARTÍCULO 192 bis 1. Cuando la materia objeto de la patente sea un proceso para la obtención de un producto, en el procedimiento de declaración administrativa de infracción, el presunto infractor deberá probar que dicho producto se fabricó bajo un proceso diferente al patentado cuando:
>
> I. El producto obtenido por el proceso patentado sea nuevo, y
>
> II. Exista una probabilidad significativa de que el producto haya sido fabricado mediante el proceso patentado y el titular de la patente no haya logrado, no obstante haberlo intentado, establecer el proceso efectivamente utilizado.

5.3 *Sanciones administrativas*

La comisión de alguna infracción administrativa, dará origen a la aplicación de las correspondientes sanciones por el IMPI, con independencia de la indemnización que pudiera corresponder por daños y perjuicios a los afectados, en los términos de la legislación común y de la propia Ley de la Propiedad Industrial que previene que dicha indemnización en ningún

caso será inferior al cuarenta por ciento del precio de venta al público de cada producto o la prestación de servicios que impliquen una violación a alguno de los derechos de propiedad industrial protegidos por la Ley.

Las sanciones aplicables con motivo de una infracción administrativa y previstas en el artículo 214 de la Ley, son las siguientes:

a) Multa hasta por el importe de veinte mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;
b) Multa adicional hasta por el importe de quinientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, por cada día que persista la infracción;
c) Clausura temporal hasta por noventa días;
d) Clausura definitiva;
e) Arresto administrativo hasta por treinta y seis horas.

La multa adicional se impondrá cuando persista la infracción administrativa después de que se notifique la resolución por la que se sancione dicha infracción y expire el plazo concedido por el IMPI para que el infractor demuestre haber cesado en su conducta infractora.

Las clausuras podrán imponerse en la resolución además de la multa o sin que ésta se haya impuesto, en la inteligencia de que la clausura definitiva será procedente cuando el establecimiento haya sido clausurado temporalmente por dos veces y dentro del lapso de dos años, si dentro del mismo se reincide en la infracción, independientemente de que hubiere variado su domicilio.

En los casos de reincidencia se duplicarán las multas impuestas anteriormente, sin que su monto pueda exceder del triple del máximo fijado en el artículo 214 de la Ley.

La propia Ley define a la reincidencia como cada una de las subsecuentes infracciones a un mismo precepto, cometidas dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se emitió la resolución relativa a la infracción.

De acuerdo con los principios que rigen en materia de imposición de sanciones, que han sido establecidos por la jurisprudencia de los tribunales federales y recogidos por el artículo 220 de la Ley, el IMPI al momento de dictar la resolución administrativa y aplicar la sanción, habrá de tomar en cuenta:

a) El carácter intencional de la acción u omisión constitutiva de la infracción;
b) Las condiciones económicas del infractor, y
c) La gravedad que la infracción implique en relación con el comercio de productos o la prestación de servicios, así como el perjuicio ocasionado a los directamente afectados.

VI. La defensa y aplicación efectiva de los derechos de autor

6.1 *Antecedentes*

Tradicionalmente se había venido sosteniendo que los mecanismos para lograr la protección efectiva de los derechos de autor, eran más eficaces que los existentes, tratándose de derechos de propiedad industrial.

Dicha consideración tenía su origen en la existencia en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del tipo de fraude específico contenido en el artículo 387, fracción XVI del mismo ordenamiento, que textualmente dispone lo siguiente:

> ARTÍCULO 387. Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán:
>
> XVI. Al que ejecute actos violatorios de derechos de propiedad literaria, dramática o artística, considerados como falsificación en las leyes relativas.

Dicho precepto era de particular importancia cuando aún no existían leyes específicas en materia de derechos de autor, y por ende, todo lo relacionado con esta disciplina era materia de regulación en el Código Civil para el Distrito Federal, particu-

larmente los artículos 1255 a 1258 del Código Civil de 1928, mismo que entró en vigor en 1932.

En el momento en que se expide la primera ley mexicana especializada en derechos de autor, que fue la Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 30 de diciembre de 1947,[16] misma que derogó el Título Octavo del Libro Segundo del Código Civil de 1928, se van a incorporar en la propia ley especializada, distintos mecanismos para evitar la usurpación de los derechos de autor.

Situación semejante se presenta en la Ley Federal sobre el Derecho de Autor de 29 de diciembre de 1956,[17] la que fue reformada y adicionada por el decreto de reformas y adiciones de 4 de noviembre de 1963. De hecho, por considerarse en realidad como una nueva ley, este decreto se invoca como la Ley de 1963,[18] que estuvo vigente hasta el mes de marzo de 1997.

En dicho ordenamiento, se pueden destacar los artículos 135 a 142 bis, los que contenían distintas hipótesis infractoras, tanto a los derechos de autor y conexos, como a demás disposiciones de la Ley, que daban origen a la aplicación de sanciones de carácter penal, y también pecuniarias.

Sobre el particular, el artículo 135, fracción I, contenía la descripción de la conducta infractora que con mayor frecuencia se presenta, al establecer lo siguiente:

> ARTÍCULO 135. Se impondrá prisión de seis meses a seis años y multa por el equivalente de cincuenta a quinientos días de salario mínimo, en los casos siguientes:
>
> 1. Al que sin el consentimiento del titular del derecho de autor explote con fines de lucro una obra protegida.

El artículo 133 de la Ley en estudio, disponía que cuando surgiera alguna controversia sobre derechos de autor, la Dirección General del Derecho de Autor, dependiente de la Secretaría de Educación Pública invitaría a las partes interesadas a una junta con el objeto de avenirlas y si durante dicho procedimiento conciliatorio, no se alcanzare algún acuerdo, la propia autoridad administrativa exhortaría a las partes a fin de que la designaran árbitro, y en su caso, el laudo arbitral dictado por la Dirección General del Derecho de Autor tendría efectos de resolución definitiva y sólo podría impugnarse mediante el juicio de amparo.

16 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de enero de 1948.
17 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 31 de diciembre de 1956.
18 Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 29 de diciembre de 1963.

Ahora bien, en el caso de que no se diera la intervención de la Dirección General del Derecho de Autor conforme a los lineamientos antes descritos, los tribunales federales conocerían de las controversias que se suscitaran con motivo de la aplicación de la Ley, sin embargo, cuando dichas controversias sólo afectaran intereses particulares, de orden exclusivamente patrimonial, podrían conocer de ellas, a elección del actor, los tribunales competentes del orden común. Tratándose de delitos, siempre serían competentes los Tribunales de la Federación.

Atendiendo a esta última disposición, la Procuraduría General de la República iniciaría la averiguación previa de los delitos relacionados con la usurpación de los derechos de autor y por ende, podría adoptar las medidas cautelares previstas en el Código Federal de Procedimientos Penales, las cuales, fueron generalmente eficaces para disuadir las conductas infractoras en esa materia .

6.2 *La Ley Federal del Derecho de Autor de 24 de diciembre de 1996*

Una vez puesto en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, se empezó a considerar la necesidad de efectuar adecuaciones profundas a la legislación en materia autoral, con el objeto de regular de manera específica, la protección a cierto tipo de obras, como los programas de computación, además de dotar a la propia legislación de mecanismos eficaces para obtener protección adecuada a los derechos de autor.

De esta manera, surge la Ley Federal del Derecho de Autor, actualmente vigente y que fue publicada en el Diario Oficial de

la Federación, el 24 de diciembre de 1996, entrando en vigor a los noventa días siguientes a su publicación, en términos del Artículo Primero Transitorio del correspondiente Decreto.

No siendo materia de este trabajo, el análisis de las disposiciones sustantivas de dicho ordenamiento, nos circunscribiremos a destacar los principales aspectos novedosos en lo que concierne a la defensa y protección efectiva de los derechos de autor.

Dentro del marco general de referencia de la Ley y particularmente en su artículo 20, se dispone que la aplicación administrativa de la Ley corresponde al Ejecutivo Federal por conducto del Instituto Nacional del Derecho de Autor y, en los casos previstos por la misma, del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

Ello nos lleva a considerar que existe una dualidad de autoridades en materia autoral, por un lado, el Instituto Nacional del Derecho de Autor, que es un órgano público desconcentrado dependiente de la Secretaría de Educación Pública y por otro lado, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, organismo público descentralizado, que en términos de los artículos 232 y 234 de la Ley, se encargará de sancionar las llamadas "infracciones en materia de comercio".

En el caso de que surja alguna controversia o afectación sobre los derechos protegidos por la Ley, las partes podrán someterse al procedimiento administrativo de avenencia ante el propio Instituto Nacional del Derecho de Autor, y en el caso de que no se llegue a algún arreglo conciliatorio, se exhortará a las partes para que se acojan al procedimiento de arbitraje establecido en el Capítulo III del Título XI de la Ley, mismo que ya no se instruirá por la autoridad administrativa, sino por un grupo arbitral, en términos de las correspondientes disposiciones.

Cuando se está en presencia de una infracción a los derechos de autor, la Ley de la materia, ya no contempla sanciones de carácter penal, puesto que los correspondientes tipos delictivos y las sanciones se reglamentan en los artículos 424 al 429 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero

Federal, que forman parte del Título Vigésimo Sexto del Libro Segundo de dicho ordenamiento, creado por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996.

Es particularmente relevante el contenido del artículo 424, que transcribo a continuación:

> ARTÍCULO 424. Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa:
>
> I. Al que especule en cualquier forma con los libros de texto gratuitos que distribuye la Secretaría de Educación Pública;
>
> II. Al editor, productor o grabador que a sabiendas produzca más número de ejemplares de una obra protegida por la Ley Federal del Derecho de Autor, que los autorizados por el titular de los derechos;
>
> III. A quien produzca, fabrique, importe, venda, almacene, transporte, distribuya o arriende obras protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor en forma dolosa, a escala comercial y sin autorización del titular de los derechos; y
>
> IV. A quien fabrique con fines de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación.

Independientemente de las sanciones pecuniarias y privativas de libertad, se dispone en el artículo 428 del Código Penal para el Distrito Federal, que el afectado tendrá derecho a la reparación del daño, cuyo monto no podrá ser menor al cuarenta por ciento del precio de venta al público de cada producto o de la prestación de servicios que impliquen violación a alguno o algunos de los derechos tutelados por la Ley Federal del Derecho de Autor.

Sin embargo, tratándose de infracciones administrativas, el artículo 229 de la Ley establece distintas conductas que constituyen infracciones en materia de derechos de autor, que serán sancionadas por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, en tanto que el artículo 231 contempla las hipótesis de infracciones en materia de comercio, que realmente constitu-

yen verdaderas conductas de usurpación a los derechos de autor. Por su importancia, procedo a transcribir el artículo 231 de la Ley:

> ARTÍCULO 231. Constituyen infracciones en materia de comercio las siguientes conductas cuando sean realizadas con fines de lucro directo o indirecto:
>
> I. Comunicar o utilizar públicamente una obra protegida por cualquier medio, y de cualquier forma sin la autorización previa y expresa del autor, de sus legítimos herederos o del titular del derecho patrimonial de autor;
>
> II. Utilizar la imagen de una persona sin su autorización o la de sus causahabientes;
>
> III. Producir, fabricar, almacenar, distribuir, transportar o comercializar copias ilícitas de obras protegidas por esta Ley;
>
> IV. Ofrecer en venta, almacenar, transportar o poner en circulación obras protegidas por esta Ley que hayan sido deformadas, modificadas o mutiladas sin autorización del titular del derecho de autor;
>
> V. Importar, vender, arrendar o realizar cualquier acto que permita tener un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación;
>
> VI. Retransmitir, fijar, reproducir y difundir al público emisiones de organismos de radiodifusión y sin la autorización debida;
>
> VII. Usar, reproducir o explotar una reserva de derechos protegida o un programa de cómputo sin el consentimiento del titular;
>
> VIII. Usar o explotar un nombre, título, denominación, características físicas o psicológicas, o características de operación de tal forma que induzcan a error o confusión con una reserva de derechos protegida;
>
> IX. Utilizar las obras literarias y artísticas protegidas por el capítulo III, del Título VII de la presente Ley en contravención a lo dispuesto por el artículo 158 de la misma, y

> X. Las demás infracciones a las disposiciones de la Ley que implique conducta a escala comercial o industrial relacionada con obras protegidas por esta Ley.

Independientemente de que la redacción del precepto antes transcrito, es deficiente e incorpora una serie de calificativos a las conductas, que necesariamente implicarían la definición de términos como "lucro directo o indirecto", es claro que se trata de conductas infractoras a los derechos de autor y que se identifican con una usurpación a los mismos.

Se establece que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, será la entidad competente para la persecución de dichas conductas y la aplicación de las sanciones correspondientes, lo cual hará con arreglo al procedimiento y formalidades previstas en los Títulos Sexto y Séptimo de la Ley de la Propiedad Industrial, pudiendo realizar las investigaciones correspondientes, practicar visitas de inspección, adoptar medidas precautorias, etc., con todo el alcance y amplitud que previene la propia Ley de la Propiedad Industrial, quedando inclusive facultado para emitir una resolución de suspensión de la libre circulación de mercancías de procedencia extranjera en frontera, en los términos de lo dispuesto por la Ley Aduanera.

Desde luego, la intervención del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, para la persecución y sanción de este tipo de conductas infractoras es por demás controvertida, siendo su aparente única razón de ser, el adecuado desempeño de dicha autoridad en la adopción de medidas cautelares y persecución de infracciones a la legislación en materia de propiedad industrial.

De acuerdo con el artículo 232 de la Ley Federal del Derecho de Autor, las infracciones en materia de comercio, serán sancionadas por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial con multa:

a) De cinco mil hasta diez mil días de salario mínimo en los casos previstos en las fracciones I, III, IV, V, VII, VIII y IX del artículo 231.

b) De mil hasta cinco mil días de salario mínimo en los casos previstos en las fracciones II y VI del propio articulo 231, y

c) De quinientos hasta mil días de salario mínimo en los demás casos a que se refiere la fracción X del articulo 231.

Para efectos de la aplicación de las multas, se entenderá como salario mínimo, el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en la fecha de la comisión de la infracción, aplicándose una multa adicional de hasta quinientos días de salario mínimo por día, a quien persista en la infracción.

VII. Consideraciones finales

Los mecanismos actuales previstos en la legislación mexicana en materia de propiedad industrial, tendientes a lograr la aplicación efectiva y defensa de los derechos tutelados por la misma, responden a las necesidades de una economía globalizada e interdependiente.

Atendiendo a que aún no han transcurrido ni tres años desde la puesta en vigor de la última reforma a la legislación, se pueden aún encontrar muchas lagunas legislativas, particularmente en materia de medios probatorios, que se pretender subsanar con la aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Civiles, aun cuando lo deseable sería una mayor regulación en !a propia Ley de la Propiedad Industrial.

Por otro lado, tratándose de las medidas cautelares, sólo una de ellas —el aseguramiento de mercancía—, es aplicada con frecuencia por parte del IMPI, por lo que si existe un catálogo tan amplio de medidas provisionales, es importante que tanto los particulares requieran la aplicación de las mismas como que la propia autoridad las acuerde favorablemente, puesto que se trata de mecanismos altamente efectivos para prevenir y disuadir la usurpación de derechos de propiedad industrial.

Dado el corto tiempo en que han estado en vigor, las nuevas normas en materia de defensa y aplicación efectiva de los derechos de autor, es aún muy prematuro concluir si la división de competencias entre el Instituto Nacional del Derecho de Autor y el IMPI, es adecuada y más aún, si al haber dotado de

atribuciones persecutorias y sancionadoras al IMPI, para el caso de infracciones en materia de comercio, constituye la solución buscada por los titulares de los derechos de autor.

Finalmente y como se ha sostenido en muchos foros y documentos, la creación de un tribunal especializado en materia de propiedad intelectual es un imperativo y una tarea que debe abordarse lo más pronto posible, a fin de contribuir a lograr un respeto absoluto a los derechos de propiedad industrial, así como también a los derechos de autor, que con renovada importancia, encierran creatividad, progreso y un ánimo de competencia leal en la actividad comercial e industrial.

REBELIÓN EN EL CIBERESPACIO

Miguel Ángel FERNÁNDEZ DELGADO

SUMARIO: I. *Antecedentes y medidas que se han tomado*; I.1. *Movimientos rebeldes*; I.2. *Terroristas y apologistas del delito*; I.3. *Vandalismo y grupos de odio*; II. *El porqué de la presencia de los rebeldes en Internet*; III. *La libertad de expresión en Internet*: III.1. *Ventajas*; III.2. *Peligros*; IV. *Propuestas para una solución. Apéndice: Algunos movimientos rebeldes de Latinoamérica en el ciberespacio.*

> *Los problemas éticos informáticos son, pues, difíciles de resolver, no sólo por los embrollos conceptuales, sino también porque la moral general, los valores sociales y las normas no están claros con respecto a los detalles puestos en duda por la tecnología informática. Los asuntos de ética informática a menudo nos urgen a precisar mejor nuestros valores, prioridades e ideales en un esfuerzo que nunca antes se nos había exigido con tal premura.*
>
> Deborah G. JOHNSON
> *Ética Informática*[1]

Entre las ráfagas y constelaciones de información del ciberespacio —el espacio virtual al que se expone el usuario cuando se conecta a una red de computadoras— también ha traspasado el umbral de sus "ventanas" la realidad paralela de los movimientos rebeldes provenientes de todos los lugares del mundo; han asomado también su intempestivo rostro los terro-

1 Johnson, Deborah G., *Ética Informática*, Madrid, Universidad Complutense, 1996, p.24.

ristas e incitadores del delito; y por si fuera poco, han encontrado su lugar los vándalos que se han encargado de destruir o adulterar las páginas virtuales de otros. La mayoría de los gobiernos permanecen como simples espectadores ante estos hechos, asumiendo la política de "dejar hacer", no por una repentina o consensuada ola de tolerancia, sino ante todo, por la impotencia y la ignorancia acerca de una solución que funcione a corto, mediano o largo plazo, y al sentirse desarmados ante el inédito y hasta ahora inexplicable poder de la red mundial de Internet.

El párrafo anterior no es sino ciencia ficción para quienes aún no han superado el encanto de su primera experiencia con Internet —ya no digamos para quienes todavía se resisten a conocerla—: el sueño hecho realidad de un mundo completamente interconectado y en el que se puede obtener información útil de cualquier clase en cuestión de minutos; en el que los hombres se comunican sin desplazarse, ya no a través de una bocina telefónica, sino a través de un teclado de computadora que los hace sentirse —por el costo y la rapidez— como vecinos, aunque habiten en las antípodas del mundo; donde es posible comprar casi todo lo que ahí se exhibe; hay lugar para el diálogo con desconocidos sobre cualquier tema; tiene cabida la utilización de computadoras con capacidad miles o millones de veces superior a la nuestra, con el fin de realizar las operaciones que de otra forma hubieran resultado impensables, y así por el estilo, pero que no se han enterado de sus inconvenientes.

Casi toda persona que haya oído hablar de Internet, sabrá que en ella es fácil encontrar imágenes pornográficas. Se criticó mucho, y hasta se trató de prohibir la pornografía en Estados Unidos con la *Communications Decency Act* de febrero de 1996, la cual acaba de ser declarada inconstitucional en su parte medular por la Corte Suprema de Justicia ante su ambigüedad y la violación de la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense, que ampara la libertad de expresión.[2] En otros países se ha buscado también una solución al mismo problema, sin resultados notables hasta ahora. De esta forma el problema de la pornografía subsiste, pero hay un peligro mucho mayor del que poco se ha dicho y casi nadie se ha preocupado en tratar con seriedad. Me refiero a la existencia de la información indeseable, inconveniente o atentatoria a la seguridad pública y/o privada, que ha encontrado la mejor forma de circular, hasta ahora casi sin restricciones, por la red mundial de Internet.

Solamente China y algunos países árabes han condicionado la publicación de cierta clase de información para divulgarla por Internet, pero su empeño por frenar los comunicados disidentes se ven frustrados frecuentemente, pues veremos que el problema, por regla general, se origina fuera de los límites territoriales del país que se siente afectado por la divulgación de dicha información.

I. Antecedentes y medidas que se han tomado

I.1. *Movimientos rebeldes*

A finales de la década pasada, China no había experimentado aún el temor de permitir que los disidentes de su gobierno trabajaran detrás de la pantalla de la red de Internet, dando a conocer al pueblo chino y al resto del mundo, a través de páginas y revistas virtuales, sus críticas hacia las autoridades, exponiendo puntos de vista y fotografías que nunca se hubieran permitido circular por las calles de Beijing. Como pretendía conseguir los beneficios económicos que empezaba a producir Internet, el gobierno seguramente evitó controlar la información que aparecía en la red, de tal manera que a decir de Tony

2 "Anula Tribunal de EU [*sic*] la censura en Internet", en *Reforma*, 27 de junio de 1997, p. 28A; en lo sucesivo *R*, seguido de la fecha y la página, así: *R*. 27-VI-97, 28A; Pisani, Francis, "Después de la censura", en *Interfase*, suplemento de *R*, 30-VI-97, 3A; Levy, Steven," On the Net, anything goes", en *Newsweek*, 7 de julio de 1997, pp. 44-46; en lo sucesivo *N*, seguido de la fecha y las páginas, así: *N*, 7-VII-97, 44-46.

Emerson, en el ciberespacio, China era una parodia, o más bien una caricatura de la realidad.

Al concluir la violenta represión del movimiento prodemocrático estudiantil en la plaza de Tiananmen, los rebeldes "publicaron" las fotografías del suceso en la red, y no dejaron de manifestarse por escrito en contra del gobierno represor, utilizando el mismo medio de comunicación. Mientras tanto, las autoridades buscaron la asesoría de grandes compañías extranjeras, como IBM y Sun Microsystems, y de algunas empresas de seguridad electrónica, con miras a crear una *intranet* o red informática interna del pueblo chino, vinculada a Internet y por consiguiente también con el orbe externo, pero en la que la censura y el control de la información fueran posibles.

Hace poco comenzaron a llevarse a cabo las medidas para cumplir con el proyecto mencionado. El 11 de febrero de 1996, se envió el informe oficial a los cerca de 50 mil usuarios de la red en China, de que en lo sucesivo deberían "canalizar" las comunicaciones electrónicas a través de una serie de "puertos" o "filtros" monitoreados por el Ministro de Correos y Telecomunicaciones, así como de otras agencias. Poco después, el 16 del mismo mes y año, ordenó a los usuarios domésticos de la red registrarse ante la policía. A las compañías que ofrecían el servicio de conexión, y al común de los usuarios advirtió en seguida que estaba desde entonces "prohibido producir, recuperar, duplicar o divulgar información que pueda trastornar el orden público".

Desde Beijing se han seguido promocionando las posibilidades de inversión en China y los intercambios académicos por medio de la revista electrónica oficial, *The Chinese Scholar* (El erudito o humanista chino).

Pero el problema no se terminó. Las fotografías de la masacre de Tiananmen aún están a la vista de los usuarios; los ensayos disidentes de críticos como Liu Binyan, exiliado en California, Estados Unidos, y los de Wei Jingsheng, aún pueden consultarse en la red, aunque este último fue sentenciado a fines de 1995 a catorce años en prisión por sus actividades en contra del gobierno chino.

China no es el único gobierno que ha combatido la subversión política en el ciberespacio, pero es el que más temor ha demostrado ante ella. Arabia Saudita, Bahrein, Irán, Indonesia y Singapur, experimentan diversos medios de censura, como sistemas de filtración para el correo electrónico y para mantener al margen la pornografía y el material sedicioso desde el punto de vista político y religioso. Un ministro de Singapur afirma que se pretende encontrar la forma de "abrir la ventana sin dejar que penetren las moscas", y para tal fin han duplicado, en los últimos diez años, el número de censores que supervisan la televisión, los periódicos e Internet, aunque en el mismo lapso, la información a supervisar se ha cuadruplicado, según el estudio de la Universidad Nacional de dicho país asiático. Tal vez por lo mismo, en marzo de 1996, el gobierno ordenó que todos los proveedores de la red mundial se registraran con la autoridad encargada de las comunicaciones, sujetando también a los usuarios a estrictas "guías" en las que se enumera lo que es posible transmitir y lo que no. Entre esto último se encuentra: la pornografía, la literatura de odio al prójimo, la retórica socialmente dañina y la apología de cualquier clase de actividades delictuosas. El Vietnam comunista, previendo que algo así pudiera sucederle, ha llegado al extremo de permitir el acceso a Internet únicamente a unos cuantos científicos y académicos de prestigio.[3]

La lucha separatista de Chechenia o la del Tibet en busca de la creación de un estado propio; los kurdos, iraníes e iraquíes en el exilio que mantienen una oposición democrática en contra de los gobierno totalitarios de Hashemi Rafsanjani y Saddam Hussein, respectivamente, se mantienen en pie de guerra a través de las miríadas de luz del ciberespacio.[4]

En general, las naciones se han preocupado por evitar la pornografía y el imperialismo cultural que sus habitantes po-

3 Emerson, Tony, Loris, Michael, Moreau, Ron y Gordon, David, "Opening the window, keeping out the flies. Cyberdissidents worry some Asian nations", *N*, 25-XII-95/1-I-96, 27; Meyer, Michael, Warner, Judith, Esaki-Smith, Anna y Moreau, Ron, "Whose Internet is it?, *N*, 22-IV-96, 44-48.

4 Zerpa, Fabiola, "La batalla es digital", *R*, 13-VII-97, 2A.

drían encontrar al entrar al ciberespacio. En Europa esta inquietud se ha acentuado especialmente. Francia retrasó su presencia en Internet fomentando el uso de la red local de Minitel por las mismas razones hasta hace pocos años.[5]

Nadie ha experimentado, hasta ahora, el poder de la insurgencia en el ciberespacio como el ex presidente de Serbia, Slobodan Milosevic. Cuando trató de anular el resultado de la votación presidencial, que por supuesto no lo favorecía, los partidos políticos de oposición se unieron en una coalición denominada *Zajedno* (juntos), que salió a las calles a protestar en forma pública y pacífica. Como esto no era suficiente, ya que era necesario generalizar la protesta a lo largo del área completa del territorio nacional y atraer a otros sectores de la población, en especial a los obreros, buscaron acudir a los medios de comunicación tradicionales, como la prensa opositora y una pequeña estación de radio llamada B92, que había hecho proselitismo para unir a los disidentes serbios. Milosevic silenció a la prensa que lo criticaba y luego ordenó el cierre de las oficinas de B92. Mientras cantaba victoria, la revuelta serbia se refugió en el ciberespacio. Decenas de miles de estudiantes, maestros, profesionales y periodistas lanzaron toda clase de protestas, panfletos, insultos contra el presidente *de facto* y hasta facsímiles a las oficinas gubernamentales serbias, y al orbe completo por medio de la red mundial de Internet. Así lograron que la estación B92 volviera a transmitir y poco después, que la revuelta venciera, cuando Milosevic se vio obligado a reconocer su derrota.[6]

Los defensores de la República de la Padania, al norte de Italia, lidereados por Umberto Bossi, también tienen su página en la red.[7]

El continente americano también puede dar varios testimonios sobre el mismo tema. Opositores al gobierno de los Estados Unidos, identificados por el odio en común que experimentan

5 Pisani, Francis, "Las instituciones en la Red", en *Interfase*, suplemento de *R*, 4-XI-96, 61A.

6 Turrent, Isabel, "Serbia: la revuelta en Internet", *R*, 22-XII-96, 20A.

7 Zerpa, *op.cit.*

contra sus autoridades a raíz de la masacre de Waco, Texas, en 1993, y los separatistas de la "República de Texas", que recientemente tuvieron un enfrentamiento con la policía, por fortuna resuelto pacíficamente, están presentes en Internet.[8]

Casi todos los países latinoamericanos cuentan en su territorio con movimientos subversivos; muchos de ellos ya han traspasado la puerta del ciberespacio. Desde los primeros meses de 1995, un investigador del Swarthmore College, en Estados Unidos, Justin Paulson, interesado en el estudio desapasionado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), abrió una página en la red mundial para mostrar textos y fotografías del levantamiento que el 1º de enero de 1994 trajo al escenario mexicano al grupo rebelde. Posteriormente agregó reproducciones de boletines de prensa, reportes de organizaciones varias de derechos humanos, comunicados de los rebeldes, e incluso el discurso del presidente Zedillo cuando dio a conocer la supuesta identidad del subcomandante Marcos, uno de sus dirigentes, ordenando su aprehensión y la de otros cabecillas. También puso a disposición de los lectores su dirección de correo electrónico para compartir información. Al principio, casi todos los documentos que podían consultarse estaban en inglés, pero pronto adoptó la política de presentarlos en edición bilingüe, inglés-español. Entre la información que Paulson recibió, y la que él mismo agregó, aparecieron análisis y críticas tanto al EZLN como al gobierno mexicano. Si alguien deseaba profundizar sobre tales temas, ofreció asimismo enlaces a otras páginas con datos sobre los indígenas, la cultura y la sociedad mexicana.[9]

La página de Paulson fue creciendo, y luego aparecieron otras más acerca del mismo tema en diferentes lugares, instituciones e idiomas, tal y como puede verse en el apéndice a este ensayo. El fenómeno ha sido estudiado por algunos extranjeros. El cineasta suizo N. Wadimoff realizó el largometraje *Ciber-guerrilla*, con el fin de demostrar la hipótesis de que el

8 *Ibid.*

9 Zamora, Juan Carlos, "Tiene Subcomandante Marcos espacio en Internet", *R*, 13-II-95, 30A.

éxito mundial hasta el momento de los insurgentes chiapanecos reside en que han sabido usar la red Internet, y que el mismo medio también podría ser utilizado para otras causas sociales.[10]

El otro movimiento guerrillero que apareció en México dos años y medio después que el EZLN, el Ejército Popular Revolucionario (EPR), se coló al ciberespacio en abril de 1997, lanzando su periódico virtual *El Insurgente*[11]. A principios del mismo año, los simpatizantes del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), nativo del Perú, desde Estados Unidos y Canadá originaron otro periódico en línea: *Voz Rebelde Internacional*, que incluía, además de los tradicionales comunicados subversivos, hasta bocetos con los detalles acerca del recientemente exitoso plan para secuestrar la embajada de Japón en Lima. También Sendero Luminoso y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), descubrieron en el correo electrónico un medio seguro para contestar las preguntas de la prensa.[12]

En Latinoamérica principalmente, el país de origen de las transmisiones por Internet no es, por regla general, el mismo donde reside el movimiento rebelde. Casi todas las páginas electrónicas vienen de universidades de Estados Unidos, por ello ha sido poco lo que los gobiernos afectados han podido conseguir para controlarlas. Sin embargo, aun en los pocos casos en que desde el mismo país se origina la información que se subleva ante las autoridades locales, no se han tomado medidas represivas, seguramente no por indiferencia o tolerancia, sino por desconocer el terreno en el que se pretende combatir. La única medida conocida que se ha tomado contra un grupo rebelde en Internet en estos países, ha sido la que a petición

10 Vázquez, Luis, "Ayuda la Red a zapatistas", en *Internet*, suplemento especial de *R*, 4-IX-96, 17. *Véase por ejemplo, la página de Paula Jones, quien acusa al presidente estadounidense Bill Clinton de acoso sexual, para que apoyen a la supuesta víctima a recibir justicia y recaudar fondos (*http://www.jones-clinton.com*). "Consultan 100 mil páginas en Internet de Paula Jones", *R*, 14-VIII-97, 24A.

11 Caro, Arturo, "Aparece EPR en Internet", *R*, 11-IV-97,2A.

12 Zerpa, *op cit.*; Vogel Jr., Thomas T., Moffet, Matt y Sandberg, Jared "Rebelión desde el espacio cibernético", *The Wall Street Journal Americas*, en *R*, 6-I-97, 33A.

del consulado de Colombia, llevó a cabo el gobierno de México, país de origen de las transmisiones, quien suprimió la página de las FARC que a juicio de las autoridades colombianas divulgaba "partes de guerra". La página desapareció aunque poco después volvió a brillar en las pantallas de las computadoras. Las autoridades lo saben, pero nada pueden hacer para evitarlo.[13]

1.2. *Terroristas y apologistas del delito*

Se puede obtener toda clase de información por Internet, por supuesto, hasta de aquello que nadie, o muy pocos, deberían conocer. El senador estadounidense Edward Kennedy, diez días después de la explosión por medio de un coche bomba de un edificio del gobierno federal en Oklahoma, mostró ante su congreso un detallado manual de 73 cuartillas para fabricar desde bombas caseras hasta nucleares, que se encuentra al alcance de cualquiera por Internet.[14]

La organización Nacional para la Reforma de las Leyes sobre la Marihuana en Estados Unidos, que pretenden la legalización de la droga, han apelado al ciberespacio para divulgar su mensaje entre millones de personas en el mundo, sin temor a la censura.[15]

El Secretario de Defensa de los Estados Unidos, William Cohen, en pasados meses durante una conferencia advirtió sobre las posibilidades de un mal uso de la información disponible en Internet. Además de los datos sobre explosivos como los que se han expuesto, prevé el evento de la publicación de instrucciones para crear armas biológicas y químicas, lo mismo que emisiones electromagnéticas que, según él, podrían llegar a poner en actividad un volcán. Afirmó asimismo, que el problema se hará más intenso en el futuro, llegando incluso a sostener que existen reportes de algunos países los cuales intercambian in-

13 "Censuran en Internet a la FARC", *R*, 30-IX-96, 6A.

14 Gómez, María I. y Paredes, Juan Carlos, "Manual terrorista", *R*, 2-V-95, 14A.

15 Vogel Jr. *et al.*, *op. cit.*

formación por el ciberespacio para generar una versión en laboratorio del temible y mortal virus ébola.[16]

Grupos extremistas como el Hezbolah en Líbano, la Jihad Islámica y el Grupo Armado Islámico de Argelia, son fáciles de localizar en la red.[17]

Se han tomado dos tipos de medidas para combatir este fenómeno. La primera es la misma que se siguió contra algunos grupos rebeldes en Internet. En marzo de 1996, un columnista del periódico *Washington Post*, reportó que el gobierno francés solicitó en secreto a su homólogo estadounidense evitar que un grupo islámico de San Diego transmitiera instrucciones por la red mundial para construir bombas baratas como las que estallaron en los últimos años en el metro de París. El gobierno de Estados Unidos, según la información, no pudo o no quiso resolver el asunto .[18] La segunda medida con la que se ha pretendido solucionar el problema ha sido más radical. Un tribunal de Berlín acusó a Angela Marquardt, ex vicepresidente del reformado Partido del Socialismo Democrático, por dirigir, presuntamente, una publicación subversiva en la que se ofrecen detalles de tácticas guerrilleras, utilizando una conexión desde su página casera en Internet. El juicio fue aplazado hasta finales de junio de 1997 (al momento de escribir esto, el 25 de agosto de 1997, aún no han aparecido más noticias), con el fin de encontrar a los peritos que ayuden a solucionar el caso .[19] Algunos servidores[20] que estimulan la violencia fueron recientemente amonestados en Francia.[21]

Un recurso que podría calificarse, sin exagerar, como desesperado, es el que ha seguido Arabia Saudita, quien amenazó con dejar sin efecto un importante acuerdo sobre compraventa de armamento con el Reino Unido, a menos que expulsara a un disidente exiliado, con domicilio en Londres, quien ha man-

16 "Alertan que Internet sería usada por terroristas", *R*, 12-V-97, 49A.
17 Zerpa, *op. cit.*
18 Meyer, *et al*, *op. cit.*
19 "Enjuician a internauta" *R*, 7-VI-97, 4C.
20 Servidor. *Software* que permite a una computadora ofrecer servicios a otra.
21 Hance, Olivier, *Leyes y Negocios en Internet*, México, McGraw-Hill, 1996, p. 110.

tenido una larga campaña difamatoria en contra de la familia real, principalmente por medio de Internet.[22]

I.3. *Vandalismo y grupos de odio*

A mediados de 1996 se denunciaron los primero casos de atentados o alteraciones dolosas de páginas en Internet. Entre las víctimas estaba el gobierno británico, la Sociedad de Sicoanalistas de Estados Unidos y la organización negra Nación del Islam, del mismo país, cuyos *sites* o lugares virtuales fueron mutilados, borrados, o bien simplemente remplazados. Richard Power, analista del Instituto de Seguridad Informática, explicó: "Son básicamente vándalos del espacio cibernético con pintura spray digital".

Sewell Chan, redactor de *The Wall Street Journal,* autor de la nota del párrafo anterior, en el mismo documento habló detalladamente de lo que estaba ocurriendo: "Aunque la mayor parte del vandalismo cometido en la *Web* [red] hasta el momento ha sido prácticamente producto de travesuras o bromas de mal gusto, la debilidad de los sistemas de seguridad podría llevar a sabotajes en gran escala. A medida que las compañías e individuos producen más páginas con fines comerciales en la *Web*, los piratas podrían alterar la información de precios, el texto de normas jurídicas o descubrimientos científicos, provocar pérdidas financieras e incluso un caos total. De hecho, los expertos de seguridad dicen estar seguros [de] que tales actos ya han ocurrido pero que las víctimas no han informado, en parte por temor a que la denuncia sencillamente invite a otros a realizar más ataques".[23]

Pocos meses después del reportaje, la página de un evento internacional tan importante como la Cumbre Iberoamericana, se convirtió en víctima de un grupo de *hackers* o piratas informáticos que penetraron en ella, colocando fotografías de mujeres desnudas entre la lista de actividades planeadas para las

22 Meyer *et al.*, *op. cit.*
23 Chan, Sewell, "El vandalismo llega a Internet", *The Wall Street Journal Americas*, en *R*, 27-VI-96, 27A.

primeras damas que asistían el evento; también intercambiaron, superponiéndolas, fotografías de hombres y mujeres desnudos sobre las de los presidentes y jefes de Estado de los 21 países concurrentes. Y por si fuera poco, en la nueva versión de la página, al tema de la cita lo transformaron en la "Ingobernabilidad para una democracia deficiente y participativa". No conformes con lo anterior, los *hackers* cambiaron los enlaces de temas de interés y relacionados con el encuentro, para desviar a los usuarios hacia páginas de alto contenido pornográfico.[24] Con menor malicia, a fines del mes de mayo de 1997, alguien modificó sin autorización la página del Grupo Financiero Bancomer colocando en lugar de la imagen del edificio de la institución, a una mujer rubia semidesnuda que daba la bienvenida a todos los visitantes.[25]

Más preocupante aún resulta la presencia de los llamados grupos de odio en el ciberespacio. Los neonazis han aprendido a explotar mejor que nadie el nuevo medio de comunicación. Antes de aventurarse por Internet, estos grupos, junto con los *skinheads* o cabezas rapadas, no podían conseguir espacios para sus manifiestos en los medios tradicionales, tenían que producir por sí mismos folletos o graffitis. Pero ahora, gracias al auge de Internet, tienen acceso a cerca de setenta millones de personas a un costo extremadamente bajo, según la información de Kenneth McVay, director del proyecto Nizkor, organización cuya página en la red mundial pretende enseñar a los usuarios acerca de los distintos movimientos neonazis e intolerantes que pueden encontrar en Internet.[26]

Grupos neonazis y otros afines en Internet, se originan en Alemania, Bélgica, Austria, Reino Unido y Francia, sede del partido derechista Frente Nacional, encabezado por Jean-Marie Le Pen.[27]

La Liga Anti-Difamatoria (LAD) advirtió el 5 de marzo de 1997 que mientras los actos comunes de hostigamiento antisemítico y vandalismo disminuían, la intolerancia comenzaba a florecer en Internet. "Los antisemitas han estado particularmente activos en cuanto a explotar el medio", dijo David Lehrer, director regional en Los Ángeles, Estados Unidos, de la LAD.[28] El Centro Simon Wiesenthal, de la misma ciudad, denunció la alarmante cantidad de correo electrónico con insultos y mensajes de odio contra los judíos que atraviesa diariamente por la red.[29]

Otro grupo de odio, aunque mejor encauzado, muy popular en México, puede encontrarse en "La página de Almoloya", donde cualquiera puede enviar un mensaje con sus mejores deseos a cualquier preso del penal de máxima seguridad, o a quienes desearía que se encontraran recluidos en él.[30]. El origen de esta página se encuentra fuera del país, para evitar cualquier problema de censura, según Pedro Hernández, creador de la revista electrónica *México Virtual*, una de las más visitadas a nivel nacional según el sondeo de la Secretaría de Gobernación.[31]

En Estados Unidos, según la naturaleza del acto de vandalismo y el origen de la página afectada, se pueden aplicar las sanciones del Acta de fraude y abuso por medio de computadora (*Computer Fraud and Abuse Act*), de 1986, o las leyes de cada estado.[32] Contra los grupos de odio no se ha encontrado ninguna solución eficaz. Por ejemplo, en enero de 1995, la compañía Alemana Deutsche Telekom descubrió la página de un neonazi llamado Ernst Zuendel, quien vive en Canadá, en la cual, entre sus párrafos de antisemitismo, negaba el Holocausto judío, violando la ley de Alemania. El origen del *site* de Zuendel está en California, sede de la compañía Webcom, con la que contrató el implicado para transmitir. La autoridad alemana solicitó a Webcom que le negara el servicio a Zuendel, pero la compañía se opuso bajo el pretexto de la protección constitucional de la libertad de expresión. Entonces Deutsche

24 "Piratas al ataque", *R*, 12-XI-96, 21A.
25 Morales, Lourdes, "Sorprende pirata sistema de Bancomer", *R*, 23-V-97, 27A.
26 Vogel Jr., *et al.*, *op. cit.*
27 Zerpa, *op. cit.*

28 Orlov, Ric, "Extienden presencia los grupos de odio", *R*, 10-III-97, 52A.
29 Meyer *et al.*, *op. cit.*
30 Zamora, Juan Carlos, "Desahóguense en Almoloya Virtual", *R*, 3-VI-96, 56A
31 La página de Almoloya (versión 3): *http://wwwMéxico-virtual, com./almoloya.*
32 Chan, *op. cit.*

Telekom procedió a bloquear por sus propios medios la página, lo cual lograron, pero sin quererlo, hicieron lo mismo con otros 1,500 *sites* de Webcom.[33]

Compañías como Microsystems Software, Inc., de Framingham, Massachusetts, contratan a maestros, padres de familia y profesionales que se dedican a revisar el contenido de Internet, clasificando todo lo que consideren inconveniente, explícito u ofensivo para los menores y usuarios en general de la red. Utilizando categorías como *Desnudo parcial y arte, Satánico/secta, Representaciones groseras y Drogas o cultura de la droga*, los empleados relegan las páginas seleccionadas en una base de datos sin acceso. Esta es la materia prima para el *software* o soporte lógico denominado *Cyber-Patrol* (Patrulla del Ciberespacio) que después utilizan compañías proveedoras de acceso a Internet como America Online y Compuserve para ofrecerlo a sus clientes. En dos años, Microsystems ha revisado cinco millones de páginas, pues cuenta asimismo con la ayuda de clientes voluntarios que por medio del correo electrónico sugieren lugares que deberían restringirse; en conjunto han clasificado como inconvenientes, 18 mil páginas.[34]

II. El porqué de la presencia de los rebeldes en Internet

Como la idea matriz de Internet buscaba conseguir un sistema de comunicación que sobrepasara cualquier obstáculo y no se viera interrumpido ni siquiera después de un ataque nu-

33 Meyer *et al.*, *op. cit.*

34 La misma compañía sacó a la venta hace poco una versión del mismo software para empresas que permite a los gerentes y directores restringir el acceso de sus empleados a cualquier página que podría distraerlos de sus labores, como las páginas pornográficas y los periódicos en línea. Markels, Alex, "Un software mantiene a raya las páginas indecentes de Internet", *The Wall Street Journal Americas*, en *R*, 28-IV-97, 52A./*La compañía CompuServe creó una área denominada "Cominidad para Adultos", para separar las páginas con contenidos para adultos del resto del servicio. El acceso está controlado por medio del uso de una contraseña y la confirmación del usuario de que cuenta al menos con 18 años de edad. "Satisface CompuServe los 'deseos' de adultos", en *The Wall Street Journal Americas*, en *R*, 18-VIII-97, 19A.

clear, sus creadores difícilmente pudieron haberse detenido a pensar en la censura pública o privada que el contenido de la información alguna vez pudiera requerir.[35] Ahora que los gobiernos experimentan las consecuencias del libre fluir de toda clase de información, han llegado a considerarla peligrosa, hasta subversiva por sí misma, se ha dicho que padecen el nuevo síndrome de la "satanización de la bytes"[36] ("the demonization of bytes"), según la expresión de Nicholas Negroponte profesor del Instituto Tecnológico de Massachusetts.[37] Pero en realidad, como veremos, lo que los gobiernos temen es que finalmente hayan desaparecido "los silenciosos de la comunicación", terminó técnico acuñado por el investigador Guillermo Orozco Gómez, para referirse a la inaccesibilidad para ciertos grupos de la sociedad a los nuevos medios de comunicación y la sobrerrepresentación de otros grupos sociales en los mismos.

El mejor estudio que conozco sobre el tema, aunque anterior al auge de Internet, pero no por ello menos valioso y adecuado al presente trabajo, es el de Noam Chomsky y Edward S. Herman.[38] No obstante que su objeto de estudio se centra en los medios de comunicación de los Estados Unidos, Chomsky, conocedor de la realidad y la problemática latinoamericana, no deja de dar ejemplos y hacer símiles acerca de nuestro caso particular. En su investigación, basada en varios años de estudio de los medios de comunicación y su forma de operar, tratan de probar que éstos sirven para movilizar el apoyo en favor de los intereses especiales que dominan la actividad estatal y privada.

Chomsky y Herman esbozan un "modelo de propaganda" oficial que puede remontarse por lo menos hasta el Comité de Información Pública estadounidense para coordinar la propaganda durante la Primera Guerra Mundial, el cual des-

35 Sobre los orígenes de Internet, véase: Hafner, Katie y Lyon, Matthew, *Where wizards stay up late. The origins of the INTERNET*, Nueva York, Simon & Schuster, 1996.

36 *Byte*. Agrupación básica de información binaria, equivalente a un carácter.

37 Meyer *et al.*, *op. cit.*

38 Chomsky, Noam y Herman, Edward S., *Los Guardianes de la Libertad. Propaganda, desinformación y consenso en los medios de comunicación de masas*, Barcelona, Grijalbo Mondadori, 1990.

cubrió que uno de los mejores mecanismos para controlar la información era inundar los canales informativos con "hechos", es decir, con *información oficial*. Desde entonces, la "materia prima" de las noticias pasa a través de sucesivos tamices, tras lo cual únicamente subsiste el residuo "expurgado" y listo para publicarse. En este proceso se determinan también las premisas del discurso y su interpretación, la definición de lo que es periodístico y digno de publicarse, y se exponen las bases y el funcionamiento de todo cuanto concierne a una campaña propagandística.

Sin importar el compromiso —real o aparente— de objetividad de parte de los medios de comunicación privados, a los gobiernos les resulta sumamente fácil engañarlos, y podría decirse que de hecho, se les engaña prácticamente a diario. Aparte de esto, hay una relación estructural que hace depender a las empresas de medios de comunicación con el gobierno, pues tanto ellas, como las cadenas de radio y televisión, necesitan autorización y concesiones gubernamentales, y en consecuencia se colocan bajo el control de las autoridades gubernamentales. Esta dependencia legal ha sido utilizada como herramienta para disciplinar a los medios.

En referencia a la libertad de prensa, los estados modernos acuden a sutilezas para atacarla, como el control del papel, la discriminación en la distribución de los avisos oficiales, la obligación de hacer inserciones de propaganda política gubernamental, las limitaciones en el ejercicio de la profesión periodística, las trabas para la libre agremiación de los periodistas, etcétera.

Pero el problema no reside únicamente en el gobierno. Las empresas dominantes en los medios de comunicación se encuentran controladas por personas de gran poderío económico y social o por directores sujetos al control de parte de patrocinadores y diversas fuerzas que buscan los beneficios del mercado, todas ellas unidas y con intereses comunes con otras grandes empresas, bancos y gobiernos. Este es un innegable filtro que afectará decisivamente la selección y el enfoque de las noticias. De aquí desprenden Chomsky y Herman una conclusión atroz: "En resumen, los medios de comunicación están

interesados en atraerse audiencias con poder adquisitivo, no audiencias *per se*".

Las grandes empresas que se anuncian en la televisión, por ejemplo, raramente patrocinan programas que lleven a cabo serias críticas a las actividades empresariales. Como prueba de ello, pueden consultarse las instrucciones de la compañía Procter & Gamble para su agencia de publicidad, que a la letra dicen: "En nuestros programas no habrá ningún material que de un modo u otro pudiera fomentar el concepto de negocio como algo frío, despiadado y desprovisto de todo sentimiento o motivación espiritual".[39]

El modelo de propaganda esbozado, permite entrever que el "propósito social" de los medios de comunicación es el de inculcar y defender el orden económico, social y político de los grupos privilegiados que dominan el Estado y la sociedad. Los medios cumplen este propósito de diferentes maneras: mediante la selección de los temas, la distribución sesgada de los intereses en conflicto, el filtrado de la información, el énfasis y el tono, manteniendo el debate dentro de los límites de las premisas aceptables, y contratando "expertos" en diferentes temas que acostumbran repetir el punto de vista oficial.

A Latinoamérica, en concreto, le dedican una larga nota a pie de página,[40] que en nada se aleja de lo anteriormente expuesto.

En México hay unos cuantos expertos que han tratado el tema. No es ninguna sorpresa que hayan llegado a las mismas conclusiones que Chomsky y Herman.

Néstor García Canclini realizó un estudio denominado "Consumo Cultural y Medios de Comunicación en la Ciudad de México". Entre sus resultados puede leerse lo siguiente:

[39] *Ibid.*, p. 48 n. 55.

[40] "En el caso de América Latina, los medio de comunicación han sido obligados a evitar recurrir a los académicos profesionales para expresar sus opiniones, que en su gran mayoría rechazan el marco de propaganda del Estado. Además ha sido necesario crear un nuevo cuadro de expertos... a quienes poder recurrir para satisfacer sus necesidades doctrinales". *Id.*, p.14 n. 6, cita textual ligeramente editada para subsanar los errores de la traducción y para darle mayor claridad.

> Por mi parte, encuentro que en los *shows* de noticias se les ahorra a los ciudadanos pensar en los problemas clave de la ciudad y del mundo y, cuando se tratan, casi nunca se llama a opinar a quienes los han estudiado. Más público para noticias político-policiacas no supone más elaboración de los dilemas sociales. Como afirman Appadurai y Holston en un artículo reciente, refiriéndose a otras megalópolis, la información televisiva no tiende a formar ciudadanos sino "espectadores que votan".[41]

Sobre el tema de la relación entre información y votación, se han especializado Sergio Aguayo y Miguel Acosta, comprobando exhaustivamente lo que antes afirmó García Canclini.[42]

El anteriormente mencionado investigador mexicano Guillermo Orozco, abundando sobre el tema, agregó en una entrevista:

> ...[N]o existe una rigurosa y estricta selección de las noticias. No quedan claros los criterios para seleccionarlas. Incluso a veces se dicen mentiras, se informa parcialmente o algunos aspectos se callan. Con todo esto los medios gozan de una gran impunidad pues no existe ninguna instancia que denuncie esos errores.[43]

Más adelante, en la misma entrevista, vincula la misma problemática con el tema central de este trabajo:

> En México, toda la población tiene acceso a la televisión, pero el problema está en que no toda la población tiene acceso a estar representada en la televisión. Los políticos y los principales grupos de poder sí tienen acceso, pero no

41 García Canclini, Nestor, "La cultura urbana en vísperas electorales", *R*, 6-II-97, 3C.

42 Collado, Fernando del, "Vigilar la información. Entrevista con Sergio Aguayo", en *Enfoque. Información, reflexión y cultura política*, núm. 177, 1 de junio de 1997, suplemento de *R*, pp. 3-4; Aguayo, Sergio y Acosta, Miguel, *Urnas y pantallas. La batalla por la información*, México, Océano, 1997.

43 Delgado, Mónica, "La impunidad de los medios", *R*, 2-V-97, 1C.

> se les da acceso a los zapatistas, por ejemplo, o a otros grupos. De modo que tienen acceso a recibir información, pero en las pantallas no se les da el espacio correspondiente, no se presenta lo que realmente necesitan en términos informativos.
>
> Además, en las nuevas tecnologías el acceso se complica. ¿Quién puede tener una computadora, Internet, etcétera? De modo que la brecha entre ricos y pobres se amplía aún más, justamente a través de la comunicación. Los grupos que no tienen acceso son grupos silenciados, marginados.[44]

III. La libertad de expresión en Internet

Solamente tomando medidas extremas —bloqueos generalizados, supresión de las fuentes de energía, desaparición de una página de la red por censura gubernamental o destrucción del equipo— se puede atentar contra la libertad de expresión en Internet. Muy pronto, aun la mayoría de tales restricciones serán también insuficientes. En el próximo futuro será posible transmitir vía satélite desde cualquier lugar del planeta, incluyendo embarcaciones o lugares inhóspitos y ocultos.[45] El lugar de transmisión de origen de una página puede desplazarse indefinidamente, como lo han hecho los miembros de las FARC, que se han visto obligados a cancelar en los últimos meses en tres ocasiones su presencia en la red, pero su representante, Marco León Calarca, ha amenazado así: "Tenemos otros servidores alternativos en funcionamiento. Cuando nos los cierren abriremos otros. Estamos acostumbrados a no tener hogar. Siempre nos adaptaremos". En el presente, la mayoría de los grupos rebeldes reciben ayuda para transmitir desde universidades de Estados Unidos, Canadá y Europa, erigidas como centros de libertad de opinión y expresión que defienden a capa y espada las libertades de información y pensamiento

44 *Ibid.*

45 Rogers, Adam, Tanaka, Jennifer y Hafner, Katie, "Internet in the sky", *N*, 19-V-97, 35.

allende sus fronteras.[46] Por eso será mejor hablar de las ventajas y peligros de garantizar la libertad de expresión en el ciberespacio, que de las posibles formas de restringirla.

Los primeros activistas en pro de la libertad de expresión en Internet fueron los creadores de la Fundación de la Frontera Electrónica (*Electronic Frontier Foundation*, EFF), John Perry Barlow y Mitchell D. Kapor, quienes en un principio abogaron por el respeto de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos en el ciberespacio, pero después, reconociendo que el asunto por su propia naturaleza desbordaba las fronteras y las legislaciones nacionales, buscaron apoyo por el mundo. En 1990, durante la Conferencia sobre Tecnología Este-Oeste dirigida por Esther Dyson, a la que asistieron Barlow y Kapor, los representantes de la extinta Unión Soviética propusieron además la creación de una Declaración de Derechos de la Información (*Information Bill of Rights*), para ser aplicada y observada en el orbe entero.[47]

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, había ya consagrado estas libertades:

> Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Nótese que la libertad de expresión no se circunscribe a la soberanía de un país dentro de sus fronteras, sino que la sobrepasa. Pero el derecho de recibir informaciones y opiniones en general, no obsta para que éstas se filtren previamente.

En Estados Unidos y Canadá, la libertad de expresión no permite divulgar "discursos que aboguen por acciones fuera de la ley o palabras groseras". El derecho penal estadounidense,

46 Zerpa, *op. cit.*

47 Barlow, John Perry, "A not terribly brief history of the Electronic Frontier Foundation", *http://www.eff.org/tmp/history.eff.*

por lo general, prohíbe las amenazas y el uso de los sistemas de comunicación que las acepten.

En Europa, el artículo 10.2 la Convención Europea de Derechos Humanos, establece que las legislaciones nacionales pueden adoptar excepciones al principio de libre expresión si se cumplen tres condiciones acumulativas: la excepción debe ser clara y precisamente prescrita por la ley, debe cumplir una necesidad social imperativa y ser proporcional a dicha necesidad; además, debe tener un propósito legítimo, como la seguridad nacional, prevención de crímenes, protección de la moral pública y de la buena reputación como derecho de otros.[48]

III. 1. *Ventajas*

Arthur C. Clarke, multipremiado autor de ciencia ficción y divulgador científico, predijo en una de sus historias, de 1945, que en un futuro no lejano, habría satélites artificiales que mantendrían en comunicación a todo el mundo, manteniéndose en una órbita geoestacionaria, que en su honor lleva ahora su nombre. En un reciente artículo periodístico abordó el tema de la censura, diciendo que los límites de la misma han sido perfectamente definidos en dos frases célebres. La primera, de Voltaire: "Estoy en desacuerdo con todo lo que usted dice, pero lucharé hasta la muerte por su derecho a decir lo que piensa"; y la segunda, de Oliver Wendell Holmes, ministro de la Corte Suprema de los Estados Unidos: "La libertad de expresión no incluye la libertad de gritar ¡fuego! en un teatro repleto".

En el discurso que el mismo autor pronunció en 1983 en la sede de la ONU con motivo del Día Mundial de las Telecomunicaciones, apuntó que el desarrollo de las comunicaciones vía satélite —ni siquiera él previó el auge de Internet— podría significar el fin de la censura oficial y de los servicios postales y telegráficos ineficientes o a veces inexistentes. Esto equivaldría a la desaparación de las sociedades cerradas y podría conducir a la unificación mundial, tal como lo auguró hace cuarenta años Arnold J. Toynbee.

48 Hance, *op. cit.*, pp.108-109.

En el mismo artículo que aquí se reseña, Clarke recordó también que hacia 1984 predijo que el debate sobre el libre flujo de la información que se venía produciendo por largo tiempo, sería finalmente resuelto, no por políticos sino por ingenieros. Ningún gobierno estaría en el futuro próximo en condiciones de ocultar, al menos por un largo período, las evidencias de sus crímenes o atrocidades, incluso ante su población. Gracias a la existencia de miríadas de nuevos canales de información, operando en tiempo real y a través de todas las fronteras, se podría influir poderosamente en el comportamiento civilizado.[49]

Años antes de que Clarke diera su discurso, ya existían testimonios acerca de la veracidad de sus palabras. Por ejemplo, otro escritor, Tim Haight, en 1964 viajó fuera de su país natal, los Estados Unidos, lo cual le permitió observar la guerra de Vietnam desde una perspectiva distinta a la de la mayoría de sus compatriotas. Leer artículos de periodistas de otros países le ayudó a entender que la intervención militar era un grave error, pero no encontró la forma de hacérselo saber a sus paisanos.[50]

Recientemente en nuestro país se comprobó el potencial de Internet en este sentido. En la misma comparecencia del canciller José Ángel Gurría ante la cámara de senadores, donde trató de acallar los rumores acerca de un préstamo para México por 500 millones de dólares de parte del Banco Interamericano de Desarrollo, a cambio de una serie de reformas a la legislación laboral, pidió la palabra el senador del mismo nombre, pero de la oposición, José Ángel Conchello con un documento en mano titulado "Proyecto de Modernización de los Mercados de Trabajo al 8 de octubre de 1996", obtenido por Internet, con el que desmintió por completo al canciller.[51]

Ningún gobierno se sentirá feliz ante esta nueva situación, pero, según Clarke, a largo plazo todos se verán beneficiados.[52]

49 Clarke, Arthur C., "Más allá del 2001: Los límites de la censura", *R*. 20-I-96, 12C.
50 Pisani, Francis, "Rumores e información", en *Interfase*, suplemento de *R*, 2-XII-96, 60A.
51 Ramos, Claudia, "Contradice Conchello a canciller", *R*, 6-XII-96, 8A.
52 Clarke, *op. cit*.

Resulta sumamente benéfico que los medios de comunicación tradicionales sepan que ya no son la única fuente de información a nivel nacional o mundial. Esther Dyson opina que la red mundial provocará un auge de la "microdemocracia". El ejemplo que da se refiere al acceso a la información política. Los votantes pueden investigar —en forma instantánea— el curriculum de cualquier candidato sobre cualquier aspecto. "Considerando el cinismo que hay en la política, cualquier cosa ayuda", a decir de Evans Witt, editor ejecutivo de una página muy popular en la red, titulada *Politics Now*.[53]

Muchas organizaciones no gubernamentales o que buscan la protección de minorías, y de grupos desvalidos, han dado grandes pasos y conseguido notables logros gracias a Internet. Los ejemplos sobran. En México hay un organismo civil llamado La Neta, fruto de cerca de siete años de trabajo, cuyo objetivo principal es atender las necesidades de enlace electrónico de grupos civiles mexicanos, y de éstos con organizaciones afines en el extranjero. Actualmente proporciona servicio de correo electrónico a ochocientos usuarios en México, y anida en su servidor a 42 páginas (*web*) de otras tantas organizaciones civiles y políticas. Sirve asimismo de enlace con la Asociación Progresista de las Comunicaciones, organismo consultivo de la ONU que reúne a las redes electrónicas de grupos civiles en el mundo entero [54]

El Congreso Nacional Indígena abrió a principios de 1997 una página en Internet, con documentos del movimiento indígena nacional y denuncias de violaciones a los derechos humanos de los pueblos indios.[55] La Casa Alianza, organización defensora de los niños de la calle en los países centroamericanos, ha comenzado a utilizar Internet para denunciar el asesinato y el maltrato de menores en la región.[56]

En Cádiz, España, se creó recientemente una Asociación Internacional de Usuarios de Internet denominada Internautas

53 Fineman, Howard, "Who needs Washington?", *N*, 27-I-97, 27.
54 Su dirección es *http://ww.laneta.apc.org*. Vidal, Francisco, "Por las redes del planeta", *R*, 10-II-97, 2C.
55 *http://www.laneta.apc.org./cni.htm*. *R*, 10-III-97, 22A.
56 *R*. 21-VIII-97, 18A.

por la Paz y la Libertad, para promover los ideales que lleva su nombre, al igual que la tolerancia.[57]

III.2. *Peligros*

"Navegar" por Internet es una recomendable forma de conocer al hombre de fines del segundo milenio, sus pasatiempos, obsesiones, sueños, desviaciones, logros, espiritualidad o ausencia de la misma, en fin, todo lo que ronda por su cerebro. Quienes se sienten incomprendidos por un problema o interés fuera de lo común, no tardan en descubrir a sus condiscípulos. Un dramático ejemplo lo constituyó el grupo de seguidores de la secta *Heaven's Gate* (La puerta del cielo), que decidieron imitar a su líder quien se suicidó para poder seguir, libre de las ataduras del cuerpo, la cauda del cometa Hale-Bopp, porque en él creía que se ocultaba un ovni en el que venía su esposa fallecida hace más de diez años, para recogerlo.[58] Algunas cadenas de noticias por televisión estadounidenses acusaron implícitamente a la red mundial por haber ocasionado el suicidio colectivo de cerca de cuarenta personas; sin embargo, la secta tenía ya 22 años de existencia, y la tecnología que les permitió hacerse presentes en Internet, apareció apenas en 1992.[59] No puede negarse que lugares como este y otros similares,[60] llegaron a ojos de más personas gracias a la red mundial, pero no puede determinarse claramente si decidieron unirse a las sectas únicamente gracias a Internet.

57 Arias Solís, Francisco, "Invitan a Internautas por la Paz", en R. 11-VIII-97, 21A. Su correo electrónico es: *aarias@arrakis*.

58 Cervantes, Miguel, "Guían cometa y ovni a secta cibernética", *R*, 28-III-97, 1A; "Por la red", *ibid*, p. 14A; Martínez McNaught, Hugo, "En el fin del milenio", *ibid.*, p. 12A; Thomas, Evan, *et al.*, "Web of Death", *N*, 7-IV-97, 14-25; Woodward, Kenneth L., "Christ and comets", *ibid.*, pp. 29-30; Miller Mark, "Secrets of the cult", *N*, 14-IV-97, 12-21.

59 Pisani, Francis, "De cometas, cultos y tecnología", en *Interfase*, suplemento de *R*, 31-III-97, 49A.

60 Rothstein, Edward, "Extienda su mente en la red", *R*, 18-XI-96, 65A; Levy, Steven, "Blaming the Web", *N*, 7-VI-97, 26-27; Beitiks, Edvins, "Elvis Presley: se expande la pasión", en *Magazine*, año 12, núm. 581, 17 de agosto de 1997, suplemento dominical de *R*, pp. 9-10, donde se anuncia la creación de la Primera Iglesia Presleyteriana, con 200 feligreses por Internet.

También ha habido casos en los que alguien difunde un rumor por Internet, ya sea de mala fe o sin haber comprobado fehacientemente los hechos, causando alarma entre todos los usuarios de la red. En opinión de Francis Pisani, ahora los "cibernautas" pueden contribuir a la difusión masiva de información, análisis o comentarios, y por lo tanto deben enfrentar el problema de la verificación de las fuentes. "Esta se encuentra al alcance de todo mundo y todos pueden aprender a usarla, siempre y cuando comprendan las necesidades que la rigen". Empero, para Pisani esta responsabilidad podría transformarse en una ventaja: "A falta de siempre poder 'averiguar', el usuario puede 'comparar' abriéndose a una diversidad de fuentes. En su camino encontrará medios de comunicación masiva de distintos países y tendencias, grupos de discusión, correo electrónico, etcétera. La credulidad sigue siendo deliciosa, pero tenemos cada vez más instrumentos para acceder a una información diversificada y llegar así a una mayor independencia de criterio"[61]. ¿Pero qué sucederá mientras se logra esa "independencia de criterio", si es que efectivamente se alcanza? En el mundo virtual y digital de Internet, donde toda información, aún sin verificar o deliberadamente falsa, se encuentra a la libre disposición de cualquiera, cada punto de vista es igualmente válido. Es posible unir las fuerzas de ideologías que de otra forma nunca, o difícilmente se habrían conocido. Los especialistas advierten que muy pronto desaparecerán las premisas elementales para iniciar una discusión, pues no solamente se podrán "investigar" los puntos de vista disidentes, sino literalmente *ver* el mundo desde su óptica o perspectiva, como ya ocurre en las páginas de los movimientos rebeldes, en un ejemplo de empatía antes insospechado. El mundo podrá verse desde cualquier ángulo y todo será considerado como relativo.

Otro peligro reside en la posible desaparición del liderazgo político tal y como lo conocemos. En la medida en la que los políticos estén en mayor contacto con los votantes, podrá considerarse a aquellos como un simple *software* interactivo, y es posible que se apoye para ocupar cargos tan importantes como

61 Pisani, *op. cit.*

la presidencia a quien se acerque más al cumplimiento de la suma de nuestros caprichos y acalle los rumores —verdaderos o ficticios— que aquejan a la sociedad.[62] También podría empezar a borrarse, para los usuarios de Internet, la diferencia entre lo público y lo privado, entre la sociedad civil y el Estado. El ciberespacio favorece la constitución de comunidades voluntarias. En la vida real, cada quien puede unirse a las que quiera, pero en línea con la red, tiene que recordar que hay instancias colectivas no escogidas (entre las cuales el Estado es sólo un nivel), las cuales también deben respetarse.[63]

Desde puntos de vista muy diferentes, la libertad de expresión en Internet sin limitaciones, dejando las manos del gobierno fuera del ciberespacio, podría favorecer que el terreno virtual parcialmente virgen, sea poseído y controlado por poderosos intereses privados, como lo hacen hoy día con los medios de comunicación de masas distintos a la red.[64]

Hace algunos meses, a raíz de la petición de Raúl Salinas de Gortari, sujeto a proceso criminal, de contar con una computadora dentro de su celda, la Comisión Nacional de Derechos Humanos solicitó un estudio a su Consejo Técnico para evaluar la posibilidad de instalar computadoras en todos los centros penitenciarios.[65] No es difícil imaginarse el uso que se le podría dar a las terminales si se enlazan a Internet, o incluso con las de otros internos en la misma prisión.

Si la inteligencia artificial (IA) sigue desarrollándose tan velozmente como en los últimos cincuenta años, ¿podría llegar a plantearse en el futuro la libertad de expresión de la IA? A principios de 1997 se celebró el nacimiento de una computadora que en realidad nunca ha existido, llamada HAL, que no es sino el cerebro de la nave espacial *Discovery* de la novela y película *2001: Odisea del Espacio*, de Stanley Kubrick y Arthur C. Clarke, que según la novela fue puesta en operación el 12

62 Fineman, *op. cit.*

63 Pisani, Francis, "De lo público en el ciberespacio y en la vida real", en *Interfase*, suplemento de *R*, 24-II-97, 53A.

64 Pisani, Francis, "¿Big Brother o Atenas?, en *Interfase*, suplemento de *R*, 20-V-96, 45A.

65 Guerrero, Claudia, "Niega CNDH privilegios a Raúl", *R*, 30-VI-97, 19A.

de enero de 1997 (según la película, en la misma fecha, pero de 1992), y ya en plena misión, cinco años después, la computadora empieza a cometer graves errores, por lo que la tripulación decide tomar medidas para desactivarla, pero el cerebro artificial, al enterarse, se adelanta matando a los tripulantes, privándolos de oxígeno y de otros elementos vitales[66]. ¿Sólo es ciencia ficción? Por el momento, así es. Pero hay que señalar que el 15 de noviembre de 1996, por primera vez, un robot en Inglaterra, a través de Internet, logró programar a otro robot en Estados Unidos. El responsable de este experimento, el Dr. Kevin Warwick, afirma que lo que se pretendía era demostrar que los autómatas pueden aprender de la misma forma en que lo hacen los seres humanos, comunicando su experiencia. Interrogado sobre el riesgo que esto representa para la humanidad, respondió: "No tenemos de qué preocuparnos durante los próximos diez años. Después el panorama se vuelve inquietante".[67] Sea como sea, en el presente es infinitamente mayor el número de personas que quieren matar a su computadora personal.

IV. Propuestas para una solución

De acuerdo con la Ley Federal de Telecomunicaciones (LFT, *D.O.*, 7 de junio de 1995) y el Reglamento de Telecomunicaciones (RT, *D.O.*, 29 de octubre de 1990), la red Internet se ubica dentro de las redes públicas de telecomunicaciones (art. 3-X, LFT; art. 2-II, tercer párrafo, RT), en concreto, se considera uno de sus servicios, denominado, de acuerdo con el reglamento, servicio de comunicación de datos, que consiste en la transferencia de información entre unidades funcionales mediante transmisión de datos conforme a un protocolo (art. 2-V, párrafo

66 Pisani, Francis, "El cumpleaños de una computadora", en *Interfase*, suplemento de *R*, 20-I-97, 51A; Garfinkel, Simson, "Happy Birthday, HAL" en *Wired*, San Francisco, Wired Magazine, enero de 1997, pp. 120-125, 186-188; y la versión en línea de este último artículo: *http://www.wired.com/5.01/hal*.

67 Pisani, Francis, "Capacidad insospechada", en *Interfase*, suplemento de *R*, 25-XI-96, 56A.

13º, RT). Cualquier usuario de Internet notará de inmediato que la naturaleza, aplicaciones de la red y su continuo y avasallador desarrollo hacen palidecer al marco de referencia legal, pero por el momento es el único con el que contamos.

Según el sexto párrafo de la exposición de motivos de la LFT, "las telecomunicaciones fortalecen la unión entre los mexicanos, reafirman nuestra cultura, acercan a la población a servicios de educación y salud, aumentan la productividad y el comercio, y facilitan la comunicación de México con el resto del mundo", y por lo tanto, "corresponde al Estado la rectoría en materia de telecomunicaciones, a cuyo efecto protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación" (art. 2 LFT).

Si se quisiera proscribir simple y llanamente la presencia de los movimientos rebeldes en Internet, podría acusárseles de cometer varios delitos tipificados dentro del título primero del libro segundo de nuestro Código Penal (CP), titulado: delitos contra la seguridad de la nación.[68] El art. 133 del CP señala que se le aplicarán las mismas penas que al responsable por el delito de rebelión (de 2 a 20 años de prisión y multa de 5 mil a 50 mil pesos), a quien "residiendo en territorio ocupado por el Gobierno Federal, y sin mediar coacción física o moral, proporcione a los rebeldes", entre otras cosas, "medios... de comunicación... Si residiere en territorios ocupados por los rebeldes, la prisión será de seis meses a cinco años". No quedarían libres de culpa quienes prestaran los medios de comunicación a los rebeldes fuera de estos límites geográficos, pues de acuerdo al art. 2º. del CP, esta ley se aplica también "[p]or los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República" (fracc. I).

68 Aquí hay que destacar el gran desatino de este último encabezado, como lo remarca González de la Vega: "...[N]o siempre y en todos los lugares los delitos contra los intereses o derechos de la Nación o la Patria, deben coincidir con los delitos que atacan, sea desde el exterior o desde el interior, los derechos o la seguridad del Estado, ya que el concepto sociológico de la nacionalidad se refiere a la comunidad de historia, costumbres y sentimientos mientras que el Estado, es el organismo político de las colectividades humanas. Ambos conceptos no siempre coinciden". González de la Vega, Francisco, *El Código Penal Comentado*, 8a. ed., México, Porrúa, 1987, p. 244.

También podría acusárseles de cometer conductas que tipifican los artículos 135-I y 142 del CP, por invitar, instigar o incitar a la ejecución de delitos políticos y otros dentro del mismo libro II, título primero.

Pero si el Estado tomara estas medidas, estaría asumiendo el papel de la liebre en la fábula donde juega una carrera contra la tortuga, aquí representada por la red Internet. Piensa que toma ventaja y se duerme sobre sus laureles antes de consumar la victoria, sin reconocer que la tortuga, con paso lento, pero firme y seguro, la alcanzará tarde o temprano, rebasándola, por más obstáculos, trampas o desviaciones que se le pongan enfrente. Con medidas represivas, la autoridad se acerca más a su derrota que a su consolidación en el poder. Ya lo había previsto Gutenberg cuando inventó la imprenta, con 24 soldados de plomo que representaban al alfabeto, podía crearse una fuerza capaz de derrotar a todos los ejércitos. Multiplicado el poder de la palabra escrita por millones gracias a la tecnología informática y a la red Internet, o se opta por prohibir el acceso a ella, o se reconoce que ha llegado el momento de hacer un cambio importante de actitud.

Entre los penalistas que consulté para conocer el bien jurídico tutelado y los principios objetivos para determinar los delitos políticos, los argumentos que más llamaron mi atención fueron los de Francesco Carrara, quien expuso razones sumamente convincentes aunque no para justificarlos, sino para dejarlos fuera de su monumental *Programa de Derecho Criminal*. Pretendía partir de los más antiguos antecedentes del delito político hasta llegar al delito de alta traición o *perduellio* de los romanos, para saltar después al delito de *lesa majestad*, que él mismo calificó de *terrible* y *fantasmagórico*, porque había dado origen a millones de cadáveres y su designio era sustituir con el fantasma del miedo y con principios inequitativos y feroces, los preceptos de la justicia. Más adelante expuso sus razones en varios parágrafos para deslindarse de este tema, en palabras que bien vale la pena reproducir aquí:

> §3923: ...[N]o sabiendo cómo exponer la doctrina filosófica del delito político sin presentarlo como la última parte (o

como corona o corolario) de un tratado de derecho público, lo que no puedo hacer; y no considerando útil una publicación trunca y puramente erudita, como sería la historia escueta de los viejos errores acerca de esta materia, creo que debo deponer la pluma...

§3924: Por otra parte, en la época de mi primera publicación, no había experimentado cómo vegeta la justicia, aun bajo los regímenes libres, cuando la política la aprisiona entre sus garras. Diez años ulteriores de estudios, de experiencias y de desengaños, me han vuelto escéptico (y es preciso que lo confiese) acerca de la posible existencia de un derecho penal filosófico y ordenado sobre principios absolutos al tratar de los llamados delitos políticos.

§3927: No habrá ningún alumno que con un libro en la mano, por profundo que sea, de la misma manera que se presenta ante un juez a decirle que no puede condenar a un individuo como reo de hurto calificado, porque no lo es, pretenda presentarse ante Juárez, con la esperanza de ser atendido, para decirle: "Tú no puedes darle muerte a Maximiliano, porque tu gobierno es de hecho, no de derecho", o viceversa.

§3934: Afirma Bluntschli... que la distinción entre guerra civil y guerra con el extranjero es irracional, odiosa, hija de la tiranía y de la prepotencia; que los insurgentes, con tal que estén organizados a la manera militar y tengan por fin algún cambio en el orden político del Estado, deben ser considerados como soldados enemigos, ser juzgados con arreglo a las leyes de guerra, y ser tratados como prisioneros, no como delincuentes, aun cuando sean muy pocos en número y el resultado de la lucha haya sido desfavorable a sus intentos. Se dice que no puede haber delito cuando se obra para obtener el bien de la nación, y que ésta no puede considerarse agredida por los que quieren mejorar la suerte de ella, a costa de la propia vida; la pugna ya no es entre la nación y los insurgentes, sino solamente entre unos hombres y otros hombres, algunos de los cuales, con expresión creada de manera acomodaticia, se llaman Estado.

§3938: ¿No será esto lo mismo que tratar de unir a Dios y al demonio?... En otro tiempo creí ingenuamente que la política de los regímenes no era la misma política de los déspotas; mas por desgracia mis nuevas experiencias me han demostrado que siempre y en todas partes, cuando la política entra por la puerta del templo, la justicia atemorizada huye por la ventana para regresar a los cielos.

§3939: Y diré mi última palabra: infortunadamente estoy convencido de que la política y la justicia no son hermanas, nacidas en una misma cuna, y de que en el campo de los llamados delitos contra la seguridad del Estado, tanto interna como externa, no existe el derecho penal filosófico.[69]

Es obvio que el ilustre penalista Carrara ignoró a los grupos rebeldes nihilistas, para los que la fascinación del desorden, la muerte y la destrucción, son un fin en sí mismos, y en algunos casos, hasta un mandato divino para combatir a los infieles. No son muchos en el presente, pero no hay que caer en la trampa de creerlos como otros insurgentes más que pretenden liberar de la opresión a su pueblo. Según Erich Fromm, "un revolucionario en sentido caracterológico no sólo tiene el deseo de derribar el orden viejo; si no lo motivan el amor a la vida y la libertad, es un rebelde destructivo".[70]

Es muy cierto que sería una tragedia que en el ciberespacio todo lo que se "dice" o hace fuera supervisado por las autoridades, erigidas en un Tribunal del Santo Oficio virtual a la manera del Gran Hermano de la novela *1984* de George Orwell; pero igualmente trágico sería convertirlo en un lugar en el que a nadie le importara lo que le sucede al prójimo, como bien apunta Deborah G. Johnson.[71] Esto viene a colación con respecto a los apologistas del crimen, terroristas, vándalos y grupos de odio.

[69] Carrara. Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, 4a. ed., Temis, Bogotá / Depalma, Buenos Aires, parte especial, volumen VII, 1977, pp. 513-527.

[70] Fromm, Erich, *Anatomía de la destructividad humana*, 8a. ed., México, Siglo XXI, 1983, p. 281.

[71] Johnson, *op. cit.*, pp. 142 y 159.

Los apologistas del crimen, terroristas y en algunos casos también los grupos de odio con presencia en línea por Internet, podrían caer dentro del artículo 209 CP, y ciertos actos de vandalismo, en el 140 CP, donde se prevé el delito de sabotaje. Pero estas leyes las hizo un legislador que no imaginaba la facilidad y la multiplicación de estas conductas en Internet. Se ha hablado mucho acerca de la necesidad de crear un código común de ética para Internet, lo cual podría funcionar, a mi modo de ver, a largo plazo. Partiendo de la conocida afirmación kantiana: "La ética sin la técnica está vacía, pero la técnica sin la ética está ciega",[72] difícilmente la civilización podrá avanzar tecnológicamente sin un correlativo progreso moral, porque de lo contrario, corre el riesgo de autodestruirse.[73] Pero creo que dicho código de ética, a corto plazo, no será suficiente, puesto que hasta ahora no se requiere, para la mayoría de los servicios de la red, una edad mínima,[74] preparación académica o especial alguna, condición social específica, valores religiosos o morales, ni un determinado sexo o ideología para poder acceder al ciberespacio,[75] y difícilmente se pedirán a futuro algunos de estos u otros requisitos. La única limitante hasta ahora deriva de otros factores, como son los económicos, de infraestructura y actitud.

La apología del crimen o de los actos de terrorismo, de ninguna manera pueden justificarse. A través de todas las fronteras se condenan estos síntomas nihilistas, así los promuevan grupos rebeldes que buscan la libertad de su pueblo, o quien

72 Kant, Immanuel, citado por Barroso Asenjo, Porfirio, en el prólogo a Johnson, *ibid.*, p.9.

73 Clarke, *op. cit.*

74 A manera de ejemplo, los herederos al trono del reino hashemita de Jordania, todos ellos menores de edad, cuando se colocan frente a la computadora escriben exactamente lo que piensan. Uno de ellos, al estar en línea por la red, llegó a escribir que uno de los oponentes políticos del rey Hussein debería dejar de existir. Dickey, Christopher, "An Internet palace coup", *N*, 22-IV-96, 47.

75 Los últimos estudios reflejan un aumento en el número de usuarios de Internet de treinta años de edad o más, en el número de mujeres y en general, la presencia de un mayor porcentaje de personas con menos dinero y educación. Lewis, Peter H., "Se democratiza el uso de la Red", en *Internet*, suplemento especial de *R*, 4-IX-96, 4; Hof, Robert D., "Comunidades de Internet", en *Business Week*, *R*, 28-IV-97, 38A.

sea, como ya vimos que los definió Fromm. Además es preocupante que no les importe dar a conocer su información y ostentarse como potenciales autores intelectuales de diversos crímenes. Como difícilmente podría detenerlos un simple código de ética, habría que tomar medidas extremas en contra de quienes trasmitieran datos de esta índole (aprehensiones, y transitoriamente, bloqueo o destrucción de páginas en la red).

En relación a los grupos de odio, las autoridades nada pueden hacer para prohibir sus comunicados, siempre y cuando se respeten los lineamientos de los artículos 6º y 7º, constitucionales que contemplan la libertad de expresión del pensamiento, el primero de ellos en forma genérica y el segundo, específica, en lo referente a la libertad de prensa o libertad de imprenta. Según Juventino V. Castro, "todas esas áreas de no afectación o perturbación mediante el ejercicio de estas garantías, deben estar precisadas en leyes represivas específicas —y en los términos precisos de éstas—, sin posibilidades de interpretaciones subjetivas de los funcionarios que deben aplicarlas al caso concreto",[76] lo cual se hace aún más imperativo en la era de la información y la tecnología informática.

A nivel global, mientras no se caiga en la apología del delito, podría seguirse el mismo criterio. También hay que tomar en cuenta la opinión de Stanton McCandlish, uno de los directores de la EFF, para quien hay que preocuparse más por la censura que por el aumento de páginas con expresiones de odio al prójimo: "es evidente que entre más personas ingresen a Internet, más personas que son antisemitas o fanáticos van a estar ahí. Pero, mientras que antes solían hacer esto en privado, ahora lo hacen abiertamente donde pueden ser refutados y su estupidez puede quedar en evidencia".[77] Los vándalos del ciberespacio seguirán existiendo. Contra ellos sólo se pueden vigilar continuamente los "bancos" de información en relación proporcional a la "riqueza", "calidad" y exactitud de los datos o imágenes que cada quien tenga al alcance del público a través

76 Castro, Juventino V., *Garantías y Amparo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1989, p. 119.

77 McCandlish, Staton, citado por Orlov, *op. cit.*

de la red, en tanto no se mejoren los sistemas de seguridad informáticos.

Han empezado a darse los primeros pasos para reformar o crear una nueva legislación acorde con las exigencias de la poderosa tecnología informática. En México, apenas se encuentra a nivel de foros de consulta.[78] Federico Mayor, director de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), convocó en abril de 1996 a un futuro encuentro internacional que ofrezca normas de conducta de aceptación mundial en el ciberespacio. La Fundación Soros en Nueva York ha estado promoviendo algo similar entre organizaciones internacionales no gubernamentales.[79]

Internet nos obligará más temprano que tarde, a adoptar unas normas mínimas de ética. Se llegará entonces a considerar al ciberespacio como un "lugar" por derecho propio, independiente de la geografía. La experta en ética informática de la *National Science Foundation* de Estados Unidos, Deborah G. Johnson, aconseja que anticipemos ciertas cuestiones relacionadas con la responsabilidad moral y la responsabilidad legal, en lugar de resolverlas, caso por caso, cuando se presenten ante los tribunales. Así podríamos acelerar y facilitar el camino hacia nuestro código común de ética en el ciberespacio. Pero esto solamente será posible mediante acciones deliberadas de las políticas públicas, a nivel nacional e internacional, y de la responsabilidad tanto personal como profesional.[80]

78 Gauna, Sandra, "Buscan regular a la industria informática", *R*, 30-IX-96, 70A.
79 Meyer *et al.*, *op. cit.*
80 Johnson, *op. cit.*, pp. 188 y 206.

APÉNDICE

ALGUNOS MOVIMIENTOS REBELDES DE LATINOAMÉRICA EN EL CIBERESPACIO

EJÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERACIÓN NACIONAL

http://www.ezln.org

La página inicia con el soneto xxiii de Shakespeare y un poema en prosa del subcomandante Marcos.

Contenido:

—Petición de donativos para los campesinos de San Pedro Nichtalucum, municipio de San Juan de la Libertad, Chiapas, los cuales pueden depositarse en una cuenta bancaria.

—Aparecen los comunicados del EZLN, año por año desde 1994.

—Comunicados del EZLN, carta a la Cocopa, mensaje del Subcomandante Marcos a los comités de solidaridad con el zapatismo.

—Noticias y alertas, como la convocatoria al Segundo Encuentro Intercontinental por la Humanidad y contra el Neoliberalismo (26 de julio a 3 de agosto de 1997).

Desde esta página se puede conectar con otros lugares de solidaridad con los zapatistas, como los siguientes:

1. Acción Zapatista
2. Against Neoliberalism and for Humanity
3. Caravana *Para Todos Todo*
4. Chiapas 95
5. Chiapas Menu
6. Chiapas para el Mundo (Encuentro Intercontinental)
7. Clandestine Homepage
8. Comitato Chiapas Torino
9. Coordinamento Zapatista per l'Italia
10. C.s.o.a. La Strada
11. EZLN: Tierra y Libertad
12. Initiatives Against Neoliberalism

13. Libertad a los Presos Políticos Presuntos Zapatistas
14. ¡Libertad para los presos políticos!
15. Life Among the Maya
16. Mark's (Irish) Solidarity Page
17. Mexicanos Exiliados Pro-Democracia
18. National Commision for Democracy in Mexico-USA
19. Le Reseau de Solidarité avec le Mexique
20. SIPAZ-International Service for Peace
21. Softbomb-Zapatista Mail/Web Art
22. Solidaridad Directa con Chiapas
23. Tatanka Group Homepage
24. Trece Días-A production of the San Francisco Mime Troupe
25. ¡Viva Zapata! (Solidarité avec la Lutte des Communautés Indigenes du Chiapas)
26. Zapata-México Solidarity Committee of Amsterdam
27. Zapatista!
28. Zapatista Cooperatives Homepage
29. Zapatista Net of Autonomy and Liberation

Aparecen los enlaces a otras fuentes de información sobre el tema, como *The Zapatista Book,* de la Universidad de Texas (del cual se lee la siguiente leyenda: "This book may be freely pirated and quoted for non-commercial purposes"); y la guía de Harry Cleaver, *Zapatistas in Cyberspace.*

Frente Zapatista de Liberación Nacional
http://spin.com.mx/floresu/FZLN

Página de la Comisión Especial Promotora del FZLN (puede consultarse en español, inglés, francés y alemán).

Contenido:

—Noticias de prensa sobre el zapatismo, cartas del subcomandante Marcos y comunicados del EZLN

—También documentos diversos sobre el conflicto chiapaneco como: comunicados de la Cocopa; documentos del Congreso Nacional Indígena; informes sobre los Comités Civiles del

FZLN; cuadro comparativo de las iniciativas de la Cocopa y del Ejecutivo Federal sobre derechos indígenas.

—Amplia lista de páginas zapatistas en Internet.

—Wojk-Ta-Wojk, Boletín informativo de la Comisión Especial Promotora del FZLN.

Otros servicios:

—Campaña de donativos para la atención médica de Ramona.

—Guía del "Taller de Capacitación" sobre el FZLN.

—En el apartado *Música* y *Zapatismo* se puede encontrar la canción *Olvido* (letra: Rita Guerrero; música: Santa Sabina).

—Convocatoria al II Encuentro Intercontinental por la Humanidad y contra el Neoliberalismo.

—Entrevista de Marcos con el semanario argentino *Noticias*, "Marcos, el Che Mexicano".

Se informa que la página ha tenido más de 22 mil visitas desde mayo de 1996.

Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
http://members.tripod.com/farc (domicilio temporal)

Es la página oficial del Frente Internacional de las Fuerzas Armadas de Colombia Ejército del Pueblo (FARC-EP), en edición bilingüe (español-inglés).

En el primer párrafo de su revista virtual *Resistencia* se lee: "En un intento más por acallar al pueblo y sus organizaciones y siguiendo los métodos terroristas que lo caracterizan, el Estado colombiano, logró cerrar nuestra página web, sustentada por una oficina ubicada en México D.F. Este logro es temporal, pues seguimos gestionando nuestra página y son muchas las muestras de solidaridad y los ofrecimientos para hacerlo". Al final de la misma revista, pero de su versión en inglés, se encuentra lo siguiente: "FARC-EP pages have been erased at several other web servers, so in support of freedom of speech on the internet, this is one of several copies of the FARC website places on computers around the world pending the establishment of a permanent home. Please address any concerns about the page to the *webmaster*".

Contenido:

—Editorial.

—Cartas y documentos del movimiento.

—Derechos humanos (anuncia la Jornada Mundial por los Derechos Humanos, la Paz y la Democracia en Colombia).

—Coyuntura política (últimas noticias).

—Economía (deterioro de la economía, generalización de la crisis).

—Nuestra historia.

—Cultura (contiene dos poemas, uno de un miembro de la FARC y otro de Mario Benedetti).

—Otras opiniones ("El imperio [estadounidense] y su política antidrogas" de Noam Chomsky).

---Nuevos (comunicados recientes, carta abierta al presidente de Colombia, carta abierta a la comunidad internacional, etcétera).

GRUPO DE PRESIÓN "MEXICANIDAD, INDEPENDENCIA Y LIBERTAD"

http:/ /www.spy-mil.org.mx/

Al entrar a esta página, se leen los siguientes datos: Director ejecutivo: *Ph.* D. Ernesto Saturnino Cedillo Martínez Jr. (1950), ex alumno de la Escuela Primaria Teniente Andrés Arreola, de Mexicali.

"Spy MIL le proporciona información confidencial y clasificada de diferentes temas. Puede accesar a ella haciendo click y comprometiéndose a difundirla citando la fuente".

Debajo del encabezado de "Artículos disponibles", una leyenda titilante dice: "Nos informan de Internet que Spy MIL es la página más visitada por Zedillo, Madrazo y otros gobernadores".

Contiene notas informativas que critican o acusan, sin ninguna restricción, a todas las autoridades gubernamentales, empezando por el presidente; a todos los políticos, ya sean de derecha, centro, izquierda o independientes, en una forma que difícilmente podría verse en cualquier otro medio impreso o electrónico.

EJERCITO POPULAR REVOLUCIONARIO

http:/ /www.lanic.utexas.edu/la/mexico/
http:/ /www.xs4all.nl/insurg/

"El Insurgente" es el periódico en línea del Ejército Popular Revolucionario (EPR). Se abre la página con un rayo amarillo y la arenga "Pueblos del mundo! (*sic*) nos dirigimos a ustedes para demandar su solidaridad con la lucha del pueblo mexicano".

Contenido:

—El Manifiesto de Aguas Blancas, el Manifiesto de la Sierra Madre del Sur y los textos de las entrevistas realizadas por diversos medios.

—Entre los demás documentos que se pueden consultar, todos ya enviados a los medios en los meses anteriores, está el programa del Partido Democrático Popular Revolucionario y del EPR, que incluye un diagnóstico del grupo rebelde sobre la realidad mexicana.

REBELIÓN

http:/ /www.eurosur.org/rebelion /varios/directorio.htm

Su contenido presenta un directorio rebelde: partidos, organismos de derechos humanos, defensa del ambiente, publicaciones varias de ideología izquierdista, etcétera.

Redes alternativas: APC (Asociación para el Progreso de las Comunicaciones), Eurosur, LaNeta, Nodo 50, Pangea, Red chilena popular e indígena.

Organizaciones no gubernamentales: Adena, Amnistía Internacional,

Centro de Investigaciones para la Paz, Desaparecidos en Argentina durante la dictadura, Greenpeace, Médicos Mundi, Nizkor (Derechos Humanos en América Latina), Sodepaz.

Organizaciones políticas: Frente Democrático Nueva Guatemala, Frentre Farabundo Martí para la Liberación Nacional (El Salvador), Frente Sandinista de Liberación Nacional (Nicaragua), Frente Zapatista de Liberación Nacional (México), In-

ternacional Roja, Izquierda Unida (España), Partido Comunista de Perú, Partido Obrero (Argentina).

Medios de comunicación: Alternativa (Colombia), Brecha (Uruguay), España Roja, En Marcha (República Dominicana), Granma (Cuba), Prensa Latina.

Varios: Carteles de la guerra civil española, Comité Canario de Solidaridad con los pueblos Patria Grande (Página sobre América Latina), Página de Solidaridad con Cuba, Página de la Revolución Cubana, Página sobre la lucha del pueblo saharaui.

República separatista de Nuevo León

http://www.geocities.com/CapitolHill/5736/main.htm

Contenido: "Una razonable inquietud por los problemas sociales y económicos que hoy afectan la vida de los mexicanos, y los problemas más serios que seguramente le deparan, hace preguntas a los ciudadanos de Nuevo León: ¿En verdad vale la pena tratar de sostener a México? Cuando ellos jamás se preocupan por nosotros. Cuando nunca han pensado en agradecérnoslo"

"Sepárate de aquéllos que han jugado con lo divino como si se tratara de una farsa y se han unido a la codicia, a la corrupción, a la altanería y a la injusticia".

Contiene también el Plan Estructural y Organizacional de Nuevo León de la que llevaría el nombre oficial de la República de Nuevo León y Valles de Santa Lucía.

Se sugiere una visita al gobierno mexicano para pedirle la independencia de Nuevo León.

Voz rebelde internacional (Movimiento Revolucionario Túpac Amaru)

http://burn.ucsd.edu/ats/mrta.htm

Se trata del órgano oficial del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru del Perú (MRTA), que apareció a fines de 1996, creado por simpatizantes del movimiento en Estados Unidos y Canadá.

Contenido:

—Presentación del MRTA: reseña histórica y de sus objetivos, (dicha información puede consultarse también en inglés, italiano, alemán y japonés).

—Incluye bocetos detallados del plan para asaltar la residencia diplomática del embajador japonés en Lima; también copias de los tres comunicados que se han expedido desde el comienzo de la crisis [el día que se consultó la página (19-VI-97) fueron suprimidos documentos]. También publica un mensaje redactado por un grupo de rehenes liberados.

—En otra sección, en la que aparecen artículos de varios periódicos del mundo sobre el secuestro, el diario alardea: el MRTA"no tiene miedo ni a la crítica ni a la verdad".

—Incluye páginas electrónicas dedicadas a figuras secundarias en el drama. La familia de Lori Benson, la neoyorquina sentenciada a cadena perpetua en 1996 por sus presuntos vínculos con el MRTA, ha organizado una, bajo el nombre de Lori Berenson Home Page. La página contiene información amplia sobre las apelaciones legales que han interpuesto sus abogados, las características del sistema judicial peruano, así como vínculos desde los cuales se puede saltar a otras páginas publicadas por grupos de derechos humanos.

—En la barra de estado aparece la leyenda móvil (como anuncio luminoso): "Con las Masas, con las Armas, Patria o Muerte, ¡VENCEREMOS!"

EL FIN DEL ORDEN CONSTITUCIONAL EN LA NUEVA ESPAÑA. PROBLEMAS EN LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Manuel FERRER MUÑOZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La administración pública y la organización de justicia en la Nueva España, 1810-1814*. III. *Los documentos*. IV. *Últimas disposiciones del virrey en materia de administración de justicia*. V. *Apéndices*.

I. INTRODUCCIÓN

La publicación del decreto del 4 de mayo de 1814, por el que Fernando VII abrogó el régimen constitucional, conllevó hondas repercusiones en el ámbito de la organización de la justicia, donde se habían registrado importantes cambios como consecuencia de la Constitución de 1812 y de la legislación ordinaria de las Cortes.

La vuelta al orden antiguo suscitó ciertas perplejidades en la Nueva España, que se acentuaron a raíz del bando que el virrey Calleja expidió el 16 de septiembre con objeto de señalar directrices para el cumplimiento del decreto del 4 de mayo.

La circunstancia de haber hallado en el Archivo General de la Nación de México un amplio expediente,[1] que contiene los dictámenes que en relación con aquel bando elaboraron los fiscales de la Audiencia y el designado por el virrey —sumamente ilustrativos sobre las diferencias de criterio entre Calleja y

1 Archivo General de la Nación —AGN, en lo sucesivo—, Real Acuerdo, libro 20, expediente "Secretaría Virreinato".

el alto tribunal—, nos ha animado a emprender el trabajo que ahora sale a la luz.

Estimamos que no sólo valía la pena dar a conocer el contenido de esos documentos, sino que su publicación iba a proporcionar un elocuente testimonio sobre el difícil reacomodo del mundo judicial a las cambiantes directrices de los gobiernos. Sin embargo, aunque procuraremos ser respetuosos con la literalidad de los informes de los fiscales, y conservamos la ortografía y sintaxis originales, nos pareció oportuno aligerar los textos, farragosos y repetitivos en extremo, y abreviar los fragmentos más tediosos.

A fin de proceder con la mayor fidelidad al manuscrito, nos hemos servido de entrecomillados para mostrar cuáles son los pasajes en que se recoge la redacción original. Los demás han sido resumidos y adaptados a un estilo más moderno y menos curial.

Preceden a los informes unas breves páginas, en las que se traza un amplio panorama de las consecuencias que deparó al aparato judicial novohispano la puesta en marcha del régimen constitucional.

Sigue a los textos un corto epígrafe relativo a las disposiciones que adoptó el virrey en materia de administración pública, durante los meses que siguieron a septiembre de 1814, en consonancia con las instrucciones recibidas para el regreso al orden anterior a la convocatoria de Cortes.

Completan nuestro trabajo unos apéndices donde se han recogido algunos textos legales más citados en III.

II. La administración pública y la organización de justicia en Nueva España, 1810-1814

El pensamiento liberal gaditano se exteriorizó de modo patente en la adopción del principio de separación de poderes, que aconsejó limitar las facultades de algunas instituciones, como las audiencias, que retuvieron sólo las competencias de carácter puramente jurisdiccional y perdieron sus antiguas atribuciones en los asuntos económicos o gubernativos de sus provincias.

Así, pues, la Real Audiencia se configuró sustancialmente como tribunal superior de alzada, encargado por el artículo 263 de la Constitución del conocimiento "de todas las causas civiles de los juzgados inferiores de su demarcación en segunda y tercera instancia, y lo mismo de las criminales, según lo determinen las leyes; y también de las causas de suspensión y separación de los jueces inferiores de su territorio, en el modo que prevengan las leyes, dando cuenta al Rey".

Es importante advertir que ya con anterioridad habían sido recortadas algunas de las atribuciones del alto tribunal, como las apelaciones en el ramo de hacienda, que la *Real Ordenanza para el establecimiento e instrucción de Intendentes de ejército y provincia*, expedida para Nueva España el 4 de diciembre de 1786 y concebida con el propósito de que sirviera de cuerpo legal único para toda América,[2] reservó a la Junta Superior de Real Hacienda, tribunal presidido por el superintendente general subdelegado e integrado por el regente de la Audiencia, el fiscal de la Real Hacienda y el ministro más antiguo del Tribunal de Cuentas y de la Caja Matriz.[3]

Y, sin embargo, vale la pena observar que, pese a la reducción de prerrogativas, las audiencias conservaban intacto su prestigio e, incluso, vieron realzada su figura por el hecho de haber resistido incólumes la crisis administrativa que sacudió diversas esferas del Estado entre 1793 y 1808.

2 *Cfr.* Navarro García, Luis, *Intendencias en Indias*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1959, p. 76.

3 *Cfr.* Soberanes, José Luis, "Tribunales ordinarios", en Soberanes Fernández, José Luis, *Los tribunales de la Nueva España. Antología*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980, pp. 19-83 (pp. 64 y 66), y Dougnac Rodríguez, Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 218-221. Luis Navarro García atribuye la tardía implantación del régimen de intendencias en la Nueva España a la presencia al frente del Virreinato de Antonio María Bucareli, que no compartía los planes de Gálvez para la reorganización administrativa de Indias, y también informa acerca de la Instrucción de Intendentes de Nueva España, que se elaboró en 1774 y que nunca llegó a entrar en vigor (cfr. Navarro García, Luis, *Intendencias en Indias*, pp. 53-55 y 68-71).

Como advirtieron en su momento Burkholder y Chandler,[4] resulta difícil explicar por qué los altos tribunales de justicia lograron mantener un nivel de funcionamiento tan aceptable durante aquella crítica coyuntura de casi continuo estado de guerra. Sí pueden tomarse en consideración el definitivo cese en el tráfico de cargos judiciales y la presencia en el Consejo de Indias de ministros que habían adquirido una experiencia personal en los asuntos americanos antes de su incorporación al Supremo Consejo. El reverso de la medalla venía constituido por el limitado acceso de criollos a las audiencias y por su postergación en beneficio de gentes de fuera, que carecían de vínculos con los intereses locales: "la perceptible disminución en el número de criollos que formaban parte de los tribunales de su territorio de origen reforzó el convencimiento de éstos de que se les discriminaba en forma sistemática[5].

Horst Pietschmann observó atinadamente que la implantación del sistema de intendencias había pretendido efectuar una distribución de competencias más racional entre las diversas jerarquías administrativas; y que para ello procedió a una participación de la administración virreinal en dos grandes áreas: un sector político-judicial, atendido por el virrey y por la Audiencia, y una rama económico-hacendística, confiada al superintendente subdelegado y a la Junta Superior de Real Hacienda.[6]

La figura del superintendente podía parangonarse a la de un segundo virrey, al que arrebataba la dirección de la Real Hacienda —la más considerable de sus atribuciones como gobernador—, además de otras tareas relacionadas con policía, justicia y guerra. Aunque muy poco después de que se impulsara la superintendencia como oficio separado del mando del

4 *Cfr.* BURKHOLDER, Mark A., y CHANDLER, D. S., *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias en América 1687-1808*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 189-191.

5 *Ibídem*, p. 190.

6 *Cfr.* PIETSCHMANN, Horst, "Dos documentos significativos para la historia del régimen de intendencias en Nueva España", *Boletín del Archivo General de la Nación*, t. XII, núms. 3-4, julio-diciembre de 1971, pp. 397-442 (pp. 399-400).

Virreinato volvieron a ser reasumidas las competencias de los superintendentes por los virreyes, no tardarían las Cortes en disponer la nueva segregación de superintendencias y virreinatos, el 27 de diciembre de 1811.[7]

El cargo del virrey, designado como jefe político superior por la legislación de las Cortes, y disminuido en importancia por la implantación del régimen de intendencias en 1776, fue objeto de nuevas restricciones, que se sumaron a las implicadas por la Ordenanza General de Intendentes de 1803.

A pesar de que esa Ordenanza fuera suprimida antes de que hubiera llegado a alcanzar vigencia, prosperó una de sus disposiciones relativa al establecimiento de intendencias en las capitales de los virreinatos. Sus titulares serían intendentes de provincia en la capital y, entre otras competencias, tendrían jurisdicción contenciosa en asuntos de las oficinas. Quedaban en manos del virrey materias tales como arreglo de tribunales u oficinas, entradas o gasto de caudales, policía, presidencia del Ayuntamiento, elecciones y gobierno de propios.

En abril de 1809 dispuso la Junta Central que retornaran a los virreyes las obligaciones y facultades de los intendentes de provincia de México, Lima y Buenos Aires y, que éstos regresaran a la península; mas, como advierte Luis Navarro, la medida no se dirigía a la supresión de aquellas intendencias, sino simplemente a la remoción de las personas que ocupaban esos cargos, por haberse estimado conveniente la mudanza de todos los intendentes de América cada cinco años. En el caso de México, después del cese del intendente Arce, el arzobispo-virrey Lizana confirió la Intendencia con carácter provisional a Manuel Merino; y, finalmente, la Regencia dispuso en mayo de 1810 que se designara como intendente a Ramón Gutiérrez del Mazo. También en Lima fue repuesto en sus atribuciones el intendente de provincia[8].

Con el régimen constitucional, las competencias de los virreyes se centraron de modo casi exclusivo en materias adminis-

7 *Cfr.* NAVARRO GARCÍA, Luis, *Intendencias en Indias*, pp. 99-101, 115-118, 129 y 140.

8 *Cfr. ibídem*, pp. 133-135 y 137-139.

trativas, y los asuntos jurisdiccionales fueron enajenados, prácticamente en su totalidad, de sus atribuciones.

Una importante novedad que introdujo el *Reglamento de Audiencias y Juzgados de Primera Instancia*, expedido el 9 de octubre de 1812, fue la abolición de tribunales especiales y el establecimiento de aquellos juzgados para la resolución en primera instancia de lo civil y de lo criminal, lo que implicó la desaparición de otras jurisdicciones ordinarias inferiores, como el juzgado de provincia.

Ese juzgado venía funcionando en el seno de la Audiencia de México desde su fundación en 1528. Integrado por los alcaldes del crimen que por real cédula de 19 de junio de 1568 conformaban la sala de ese nombre, conocía en primera instancia de los pleitos civiles y criminales promovidos en la capital y en cinco leguas a la redonda, en competencia jurisdiccional durante muchos años con los corregidores y alcaldes mayores y con los ayuntamientos, hasta que la Ordenanza de Intendentes de 1786 sustituyó a los alcaldes mayores y corregidores no urbanos por subdelegados, y a los gobernadores y otros oficiales, por intendentes[9]. "La diferencia entre los tres [juzgado de provincia, corregimiento y ayuntamiento] estaría dada por la necesaria presencia de oficiales letrados o peritos en derecho en el juzgado de Provincia, no necesaria en el corregimiento, y de legos o no expertos en derecho en el ayuntamiento de la ciudad, aunque en varias ocasiones lo fueran".[10]

9 Sobre la extinción de corregimientos y de alcaldías mayores y la instauración de la figura de los subdelegados, *cfr. ibidem*, pp. 87-89.

10 ARENAL FENOCHIO, Jaime del, "La justicia civil ordinaria en la ciudad de México durante el primer tercio del siglo XVIII", *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, Escuela Libre de Derecho, - Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, vol. I, pp. 39-63 (pp. 45 y 47). *Vid.* también ARREGUI ZAMORANO, Pilar, *La Audiencia de México según los visitadores (Siglos XVI y XVII)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, pp. 30-31; MACEDO, Miguel S., *Apuntes para la historia del Derecho Penal Mexicano*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1992, p. 184, y GONZÁLEZ, María del Refugio, y LOZANO, Teresa, "La administración de justicia", en Borah, Woodrow (coord.), *El gobierno provincial en la Nueva España* 1570-1787, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, pp. 75-105 (p. 82).

Tras la expedición del reglamento de 1812, la ciudad de México se dividió en seis partidos judiciales, para los que el jefe político —Félix María Calleja— nombró a sendos jueces de primera instancia.[11] Pero persistieron las fallas inveteradas en la administración de justicia, por la ausencia de letrados que pudieran ocuparse de los oficios de jurisdicción.[12]

Se eliminó el Juzgado General de Indios, muy mermado en sus competencias por la Real Ordenanza de 1786,[13] por entenderse que todos los ciudadanos eran iguales, y que todos gozaban de plena capacidad para defender sus derechos, por lo que resultaba innecesario el fuero indígena, y, mucho más, un tribunal especializado que se encargara de proteger a los indígenas.

También disolvieron las Cortes el Tribunal de la Inquisición: decidida su extinción en febrero de 1813, no tardó en ser publicada en México: en consecuencia, se restablecía en su primitivo vigor la ley II, título XXVI, partida VII, que confiaba a obispos y vicarios el conocimiento en las causas de fe con arreglo a los sagrados cánones y al derecho común.[14]

Si bien ninguna disposición del código fundamental ni de las Cortes mencionaba de modo específico al tribunal de la Acordada[15] —encargado de la aprehensión y castigo de salteadores y ladrones—, la Audiencia de México estimó, con base en el artículo 248 constitucional, que su continuidad era incompatible

11 *Cfr.* SOBERANES, José Luis, "Tribunales ordinarios", p. 37.

12 *Cfr.* GONZÁLEZ, María del Refugio, "De la acumulación de funciones a la división de poderes (Nueva España-México)", *Ius fugit*, Actas del Congreso Internacional *El Estado Moderno a uno y otro lado del Atlántico* (Zaragoza), vol. 3-4, 1994-1995, pp. 331-345 (p.342).

13 *Cfr.* LIRA, Andrés, "La extinción del juzgado de indios", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XXVI, núms. 101-102, enero-junio de 1976, pp. 299-317 (pp. 305-307).

14 *Cfr.* PUGA y ACAL, Manuel, "Noticia histórica de la Abolición del Santo Oficio de la Inquisición", en González Obregón, Luis (dir.), *La constitución de 1812 en la Nueva España*, 2 vols., México, Tip. Guerrero Hnos., 1912-1913, t. II, pp. 3-25 (p.25), y carta de Calleja al ministro de Guerra, 19 de junio de 1813 (AGN, Correspondencia de Virreyes, Sección 1ª, 255, n 155).

15 Algunas noticias sobre su funcionamiento, en MORA, José María Luis, *Méjico y sus revoluciones*, 3 vols., México, Instituto Cultural Helénico - Fondo de Cultura Económica, 1986 (edición facsimilar de la de París, Librería de Rosa, 1836), vol. I, pp. 184-186.

con la nueva estructura jurídica.[16] Influyeron en esa decisión razones de oportunidad, pues una averiguación previa sobre el grado de confianza que cabía depositar en los miembros de la Acordada —una organización de voluntarios— había concluido que no se les podía considerar súbditos de confianza del rey.[17]

No obstante, y a pesar de la tendencia a la abolición de instancias especiales, subsistieron los fueros eclesiástico y militar, reconocidos en los artículos 249 y 250 de la Constitución: "los eclesiásticos continuarán gozando del fuero de su estado, en los términos que prescriben las leyes o que en adelante prescribieren"; "los militares gozarán también de fuero particular, en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere".

El mencionado reglamento de Audiencias y Juzgados de Primera Instancia diseñaba en el artículo 6º del capítulo 1º la composición de las audiencias de Aragón, Cataluña, Extremadura, Galicia, Granada, Lima, México, Navarra, Sevilla, Valencia y Valladolid, que quedaron integradas por un regente (Tomás González Calderón ocupó este cargo en México), doce ministros y dos fiscales, con dos salas para lo civil y una para lo criminal. En la capital del Virreinato novohispano sólo se cubrieron entonces diez de las doce plazas previstas de ministros, razón por la que la distribución en salas dejó de ajustarse con exactitud a las disposiciones reglamentarias: cuatro magistrados fueron adscritos a la primera sala civil, tres a la segunda (también civil), y tres a la criminal.

El regente, que hasta entonces sólo desempeñaba la función de presidente de la Audiencia con carácter de sustituto, pasó a ejercer la titularidad de la presidencia, de la que fue apartado el virrey. No se imponía sobre la autoridad del virrey, pero tampoco dependía de él, y heredaba las facultades que habían sido privativas del cargo virreinal en el gobierno administrativo y funcional de la Audiencia, al tiempo que pasaba a entender de asuntos que habían sido exclusivos del oidor decano.[18]

16 "En los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas".

17 *Cfr.* MAC LACHLAN, Colin, "Acordada", en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Los tribunales de la Nueva España*, Antología, pp. 85-122 (pp. 121-122).

El reglamento preveía asimismo —capítulo 1º, artículo 9º— que cesara la tradicional diferencia entre oidores y alcaldes del crimen, y que todos los ministros de las audiencias gozaran de la misma autoridad e idéntica denominación.

Por encima de las audiencias , la Constitución de Cádiz creó un Tribunal Supremo de Justicia dotado de amplias facultades, enumeradas en el artículo 261 del texto constitucional, que no encontró su correspondiente reglamentación hasta marzo de 1814:[19]

> Primero: Dirimir todas las competencias de las audiencias entre sí en todo el territorio español, y las de las audiencias con los tribunales especiales, que existan en la Península e islas adyacentes. En ultramar se dirimirán estas últimas, según lo determinaren las leyes.
>
> Segundo: Juzgar a los secretarios de Estado y del Despacho, cuando las Cortes decretaren haber lugar a la formación de causa.
>
> Tercero: Conocer de todas las causas de separación y suspensión de los consejeros de Estado y de los magistrados de las audiencias.

18 *Cfr.* SOBERANES, José Luis, "Tribunales ordinarios", pp. 37 y 45; POLANCO ALCÁNTARA, Tomás, *Las reales audiencias en las provincias americanas de España*, Madrid, Mapfre, 1992, pp. 39-40, 46 y 48, y REES JONES, Ricardo *El Superintendente Manuel Ignacio Fernández (1778-1783). Las reformas borbónicas en el Virreinato de Buenos Aires*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, p. 100. Una acertada síntesis de las tareas confiadas a los regentes por la Instrucción de 20 de junio de 1776, en SALCEDO IZU, Joaquín, "El regente en las audiencias americanas", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XXVI, núms., 101-102, enero-junio de 1976, pp. 557-578 (pp. 572-578), y DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, pp. 199-202.

19 *Cfr.* GONZÁLEZ OBREGÓN, Luis (dir), *La constitución de 1812 en la Nueva España*, t. II, pp.266-280.

Cuarto: Conocer de las causas criminales de los secretarios de Estado y del Despacho, de los consejeros de Estado y de los magistrados de las audiencias, perteneciendo al jefe político más autorizado la instrucción del proceso para remitirlo a este tribunal.

Quinto: Conocer de todas las causas criminales que se promovieren contra los individuos de este supremo tribunal. Si llegare el caso en que sea necesario hacer efectiva la responsabilidad de este supremo tribunal, las Cortes, previa la formalidad establecida en el artículo 228, procederán a nombrar para este fin un tribunal compuesto de nueve jueces, que serán elegidos por suerte de un número doble.

Sexto: Conocer de la residencia de todo empleado público que esté sujeto a ella por disposición de las leyes.

Séptimo: Conocer de todos los asuntos contenciosos, pertenecientes al real patronato.

Octavo: Conocer de los recursos de fuerza de todos los tribunales eclesiásticos superiores de la corte.

Noveno: Conocer de los recursos de nulidad, que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254. Por lo relativo a ultramar, de estos recursos se conocerá en las audiencias en la forma que se dirá en su lugar.

Décimo: Oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes.

Undécimo: Examinar las listas de las causas civiles y criminales, que deben remitirle las audiencias para promover la pronta administración de justicia, pasar copia de ellas para el mismo efecto al Gobierno, y disponer su publicación por medio de la imprenta.

Otra variación de importancia se registró en la administración local con los ayuntamientos constitucionales, que empezaron a ser elegidos por un procedimiento de sufragio indirecto. Los alcaldes tenían encomendadas tareas específicas en la administración de justicia en las causas civiles, donde jugaban el papel de amigables componedores: solamente a ellos correspondía resolver esos juicios de conciliación.[20]

Se derivaron algunas complicaciones de la frecuente intervención de los alcaldes como jueces de primera instancia, en abierta competencia con los jueces que, según la nueva planta de la organización judicial, habían de entender en ese ámbito. "La tensión alcalde constitucional - juez de primera instancia fue una constante durante todo este periodo, que nos remite, indefectiblemente, a considerar el diferente origen de su nombramiento: de la elección por el Rey a propuesta del Consejo de Estado a la elección popular".[21]

En el caso concreto de la Nueva España, las mismas difíciles y peculiares circunstancias de la insurrección contra las autoridades constituidas entorpecieron la aplicación de estas refor-

20 Así se disponía en los artículos 282 y 283 de la Constitución. Artículo 282: "el alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto"; y artículo 283: "el alcalde con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirá al demandante y al demandado, se enterará de las razones en que respectivamente apoyen su intención, y tomará, oído el dictamen de los dos asociados, la providencia que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin más progreso, como se terminará en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial". *Vid.* FERRER MUÑOZ, Manuel, *La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España* (*Pugna entre Antiguo y Nuevo Régimen en el virreinato, 1810-1821*), México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 234, y LORENTE SARIÑENA, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 301.

21 LORENTE SARIÑENA, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812*, p. 307

mas, y propiciaron que se sobrepusieran *juntas de seguridad y buen gobierno* a los órganos de la administración pública y de justicia, con los consiguientes e inevitables desórdenes.[22]

No obstante, las reformas introducidas en las esferas judicial y administrativa al amparo del régimen constitucional no sobrevivieron a la derogación de la obra de las Cortes decidida por Fernando VII el 4 de mayo de 1814, tras su regreso del exilio en suelo francés.

III. Los documentos

El expediente "Secretaría Virreinato", fechado el 30 de septiembre de 1814, del Archivo General de la Nación, Real Acuerdo, libro 20, trata de las competencias de las audiencias en negocios contenciosos de Hacienda, tras la supresión de las diputaciones provinciales por real orden de 24 de mayo de 1814, que dispuso que sus facultades quedaran a cargo de las autoridades que las desempeñaban antes de la Constitución. El origen del problema que dio lugar a la formación de este expediente radica en el bando del virrey de 16 de septiembre de 1814 sobre competencias en el conocimiento de los negocios contenciosos en materias de Real Hacienda.

1) *Informe a la Audiencia del fiscal menos antiguo (Juan Ramón de Osés), 23 de septiembre de 1814, folios 1 a 3v°*

Han sido sometidos a la Audiencia dos expedientes: uno sobre el cumplimiento del decreto de 4 de mayo (por el que el rey declara nulos la Constitución y los decretos de las Cortes, tanto extraordinarias como ordinarias); y otro formado con motivo del oficio que el 12 de agosto dirigió el virrey a la Audiencia, con el objeto de excitar al tribunal a sostener y defender los soberanos derechos de Su Majestad. En este último se halla también el bando del 17 de agosto, que versa sobre el cumplimiento del decreto de 4 de mayo y otras diligencias relativas al mismo.

En el segundo expediente "expone el Fiscal, que ninguna Autoridad puede aquí dictar reglas á la Audiencia sobre la aplicación del Soberano Decreto [de 4 de mayo], que en su caso y lugar le corresponde hacer, conforme á las leyes; por ser esto proprio y privativo de las facultades de este Tribunal, como perteneciente al ramo de la administración de Justicia que le está encomendada".

El bando de 23 de julio de 1814, publicado en México, dispone el cumplimiento del decreto de Cortes de 13 de septiembre de 1813, y estipula: los negocios contenciosos de Real Hacienda "sobre cobranza de contribuciones, pertenencia de derechos, reversión e incorporación, amortización, generalidades, correos, patrimonio Real, contrabandos, delitos de los empleados en el exercicio de sus funciones", y las demás causas y pleitos de que conocían los intendentes y los subdelegados de rentas y el suprimido Consejo de Hacienda se substanciarán, en primera instancia, por jueces letrados; y en segunda y tercera, por las audiencias; "no entendiendo desde entonces la Junta Superior de la misma Real Hacienda en otros negocios que en los económicos y gubernativos del ramo".

En consecuencia, resulta indudable que cualquier novedad en la administración de justicia en los negocios contenciosos, "si acaso no toca propria y privativamente á este Tribunal [la Audiencia], á lo menos no ha podido hacerse sin su intervencion ni por la Junta Superior de Real Hacienda ni por otra alguna Autoridad".

No obstante, el bando de 16 de septiembre de 1814 introduce algunas directrices sobre el cumplimiento del decreto de 4 de mayo. Aunque pudiera reclamarse contra esas disposiciones, lo mejor será que la Audiencia se conforme con "la determinación del bando en quanto á que se administre la justicia en los negocios contenciosos de Real Hacienda en el modo y forma que se administraba antes de las novedades introducidas por las Cortes".

Consecuentemente, la Audiencia no puede desentenderse en el regreso a la Junta Superior de Real Hacienda del regente de

22 *Cfr.* González, María del Refugio, "De la acumulación de funciones a la división de poderes (Nueva España. México)", p. 341.

la Audiencia y del fiscal de aquel ramo [regente y fiscal habían sido excluidos de la junta por decreto de Cortes de 9 de octubre de 1812]. La presencia del regente en la Junta está contemplada en el artículo 4º de la Real Ordenanza para el establecimiento e instrucción de Intendentes de ejército y provincia de Nueva España de 4 de diciembre de 1786. Y el fiscal, además de ser nombrado miembro de la junta por el mismo artículo, "tiene su titulo proprio, despachado por S. M."

Si se tiene por nulo y sin efecto el decreto de las Cortes que reformó la administración de justicia en los contenciosos de Real Hacienda (de 13 de septiembre de 1813), "la misma razon hai para que se tenga por nulo y sin efecto el otro decreto de las Cortes de nuebe de Octubre de ochocientos doze publicado por bando de esta capital à quatro de Mayo de ochocientos treze, en virtud del qual dexaron de asistir à la Junta Superior de Real Hacienda los Señores Regente y Fiscal del ramo". En efecto, los dos decretos de Cortes (de 9 de octubre de 1812 y de 13 de septiembre de 1813) están estrechamente ligados entre sí. Por tanto, opina el fiscal que debe hacerse la reposición del regente y fiscal en la Junta.

2) *Informe a la Audiencia del Fiscal más antiguo (Ambrosio Sagarzurieta), 23 de septiembre de 1814, folios 4 al 15v*º

En el bando del virrey de 16 de septiembre se manda que, conforme a lo resuelto por la Junta Superior de Real Hacienda en su acuerdo de 9 de septiembre [que Zagarzurieta critica, como veremos], la administración de justicia en los negocios contenciosos de Real Hacienda se rija por el mismo orden y forma que se observaba al publicarse el bando de 23 de julio de 1814, "guardandose el estilo y practica que havía antes del cumplimiento que en este se mandó dar al decreto de las Cortes generales y extraordinarias de treze de Septiembre de mil ochocientos y treze".

El expediente formado para ese acuerdo parece consistir en el decreto de 4 de mayo y "en un pedimiento de oficio de D. Antonio Torres Torija, Fiscal nombrado por el Exmo. Sr. Virrey para los asuntos de su Superior Gobierno y Real Hacienda en virtud de la interpretacion que dio V. E. al Decreto de las Cortes, llamado de arreglo de Tribunales, de nuebe de octubre de mil ochocientos y doze, conforme á la qual excluyó al Fiscal mas antiguo de esta Audiencia, que subscribe, de la intervencion que le da en los negocios de Real Hacienda su Real título y la Real Ordenanza de Intendentes, subrogandole dicho Torres Torija, así como excluyó también al Señor Regente, llamado igualmente por la propia Real Ordenanza para Vocal de la junta Superior de Real Hacienda, haviendole subrogado el Señor D. Francisco Robledo, Fiscal Jubilado del Real Consejo de Indias, y lo mismo se executo respectivamente en quanto à otros Señores Ministros de esta Real Audiencia empleados en otros Juzgados de Real Hacienda, de Minería, y Consulado, que el artículo treinta y dos, capítulo segundo del mismo decreto de nuebe de Octubre mandaba subsistiesen por entonces, segun se hallaban, hasta nueba resolucion de las Cortes, que ya se recibió por lo respectivo à los Juzgados de Hacienda y es la del citado decreto de ellas de treze de Septiembre de mil ochocientos y treze".

Por tal cometido, Torres ha percibido —además de su sueldo como agente fiscal de Real Hacienda— las gratificaciones y ayudas de costa anexas a la fiscalía de Real Hacienda. Es comprensible, pues, su interés por la anulación del decreto de Cortes de 13 de septiembre de 1813 por el que se le privaba de intervención fiscal en los negocios de Real Hacienda, tanto en primera como en segunda y tercera instancias.

Desechadas las reservas de Torres por la Junta Superior de Real Hacienda, "se mandó guardar y cumplir [el decreto de 13 de septiembre de 1813], y se publicó por bando de veinte y tres de Julio de este año". A pesar de esto, posteriores gestiones de Torres produjeron fruto: "sin embargo de haver declarado el Señor Virrey en bando del día diez y siete de Agosto proximo, que en los negocios de la administracion politica, gubernativa y de justicia en estos dominios debía subsistir todo en el ser y estado en que se hallaba, hasta que recibidas las soberanas disposiciones de S. M. sobre cada ramo dictare su Exa. las providencias oportunas para su cumplimento por debernos conformar y prestar una ciega obediencia a las soberanas decisiones

de S. M.", contenidas en el decreto del 4 de mayo que se insertó en la *Gaceta* el 16 de agosto.

El acuerdo de la Junta Superior del 9 de septiembre y el bando del 16 de septiembre se expidieron sin haber pedido informe a la Audiencia ni al juez de letras de México, Fernando Fernández de San Salvador, nombrado por la Audiencia para los negocios contenciosos de Real Hacienda en primera instancia, "que estaban en quieta y pacífica posesión". En cambio, la Junta carecía de competencia para emitir ese informe "á consecuencia de su otro Acuerdo publicado en el bando ya referido de veinte y tres de Julio".

El decreto de 4 de mayo de 1814 y el bando de este Superior Gobierno del 17 de agosto de 1814 son inconciliables, en opinión del fiscal, con el acuerdo de 9 de septiembre y el bando del 16 de septiembre del mismo año. "Se nota en estos ultimos tal obscuridad de ideas por lo vago y general de ellas, que deben estimarse por voces insignificantes".

El fiscal no concede ningún valor al juicio de la Junta Superior en torno a la existencia de algunos inconvenientes para la ejecución del decreto de las Cortes del 13 de septiembre de 1813, puesto que desde que se publicó el decreto la Junta no ha estado capacitada para conocer en los negocios de Real Hacienda. Ni la Audiencia ni los jueces de primera instancia han encontrado dificultad alguna en la aplicación de lo decretado por las Cortes.

Los problemas que se observan en el ramo de la Real Hacienda nada tienen que ver con la legislación que lo rige, sino con "la interceptacion general de caminos y correspondencia por la insurreccion".

El parecer expresado por la Junta empeora las cosas, al avocar para sí todos los negocios apelados de Real Hacienda, mientras que "repartiendose por el sistema contrario entre esta Real Audiencia y la de Guadalaxara es mas facil el acceso y comunicacion de esta ultima con las Provincias de su vasto territorio, por no hallarse tan insurgentadas como las que rodean á esta capital de Mexico".

Además, lo acordado por la Junta en relación con la primera instancia agrava la situación, al concentrar los asuntos en so-

los once jueces residentes en las capitales de las respectivas intendencias, mientras que por el sistema opuesto hay un juez de letras en México y otro en Querétaro, y tantos jueces como subdelegados.

Para examinar los fundamentos del acuerdo de la Junta Superior del 9 de septiembre de 1814, el fiscal los reducirá a un silogismo: los contenciosos de Real Hacienda deben continuar por el orden y sistema en que se hallaban al publicarse en la *Gaceta* de México de 16 de agosto de 1814 el decreto del 4 de mayo de 1814. "Es así que dichos negocios en la expresada fecha de diez y seis de Agosto proximo [1814] se hallaban baxo el orden y sistema que regía al tiempo de publicarse el Decreto de las Cortes generales y extraordinarias de treze de Septiembre de mil ochocientos y treze: luego baxo ese propio orden y sistema deben continuar".

La proposición mayor se contradice con otra razón que se invoca por la Junta: "que S. M. quiere expresamente en él [el decreto de 4 de mayo], continúen administrando justicia los Intendentes". En efecto, si éstos han de continuar administrando la justicia, es preciso volver "las cosas al ser y estado que tenían no solo al tiempo de la publicacion del de las Cortes, de treze de Septiembre de mil ochocientos treze sino tambien al tiempo anterior al otro decreto de las mismas de nuebe de Octubre de mil ochocientos y doze; pues por aquel se les privó del conocimiento de los negocios contenciosos de Real Hacienda, y por este, del que tambien tenían sobre los de la jurisdiccion real ordinaria, y el Real decreto de quatro de Mayo ultimo habla con generalidad é indistintamente de la administracion de justicia sin contraherse, ó limitarse á solos los de Real Hacienda".

Todo lo cual se compagina mal con el pedimento del fiscal Torres Torija y el acuerdo de la Junta Superior de Real Hacienda, inserto en el bando del 16 de septiembre. "Repuestas en general las cosas de la administracion de justicia al tiempo anterior al decreto de las Cortes, de nuebe de Octubre de mil ochocientos y doze, esta Real Audiencia reasumía la jurisdiccion, segun la tenia conforme á las leyes antiguas", el regente recuperaba su intervención como vocal de la Junta Superior; el

fiscal más antiguo, la que le correspondía como fiscal de Real Audiencia... "En una palabra toda la administración de justicia volvía al pie antiguo, y el Lic. Torres Torija al servicio de su agencia fiscal".

Ésta es la razón por la cual la Junta Superior sostuvo una peculiar interpretación del decreto del 4 de mayo, en lo referente a que sigan administrando justicia los intendentes, y añadió que no la habían ejercido sino en los asuntos de la Real Hacienda: "proposicion notoriamente falsa, pues toda la Nueva España les ha visto exercer tambien la jurisdiccion Real ordinaria, y apelarse de sus determinaciones á esta Real Audiencia y la de Guadalaxara, hasta las novedades introducidas por la constitucion y decretos de las Cortes".

De lo expuesto se concluye el siguiente raciocinio: tras los decretos de las Cortes de 9 de agosto de 1812 y 13 de septiembre de 1813, los intendentes habían quedado sin jurisdicción para administrar justicia. El decreto del 4 de mayo de 1814 cuenta expresamente a estos magistrados entre los jueces y autoridades que deben administrarla: "luego supone que deben recobrar la jurisdiccion perdida por dichos Decretos de las cortes, y consiguientemente regirse por las disposiciones de las leyes Reales y esto mismo debe decirse de los demas Juezes y Autoridades que designa dicho Real Decreto".

La premisa menor del silogismo de la Junta es [como se indicó antes]: los negocios contenciosos de Real Hacienda, en la fecha de 16 de agosto de 1814, se hallaban bajo el orden y sistema que regía al tiempo de publicarse el decreto de las Cortes generales y extraordinarias de 13 de septiembre de 1813.

Sostiene la Junta que, aunque el bando de 23 de julio de 1814 mandó cumplir el decreto de las Cortes del 13 de septiembre, sólo parcialmente se puso en ejecución lo dispuesto por las Cortes. "Pero porque de hecho no haya llegado à verificarse el cumplimiento mas de en una pequeña parte, ¿Podrá por ventura decirse como se dice en dicha acta que real y positivamente el ser y estado en que se hallaban los negocios contenciosos de la Real Hacienda al publicarse en la gazeta de esta capital de diez y seis del mes proximo pasado el citado soberano decreto de quatro de Mayo es el mismo que tenían y

baxo cuio sistema giraban antes de la variacion dispuesta por las Cortes?"

En absoluto. Y no hay fundamento para apoyar aquel juicio en la reducción del número de negocios causada por la insurgencia y la extensión del fuero militar. Si se razonara así, sería necesario concluir que "ya no hai Leyes ni Real Audiencia de Mexico ni otros Juzgados y Tribunales; puesto que de hecho es cortisimo el numero de negocios que giran en ellos". Más aún: tal vez haya sido intencionada la reducción del número de contenciosos de Real Hacienda ante la Audiencia y ante el juzgado de letras: "à cuia presuncion dá motivo el no haverseles pasado sino pocos, ó ninguno de los pendientes al tiempo de la publicacion del citado bando de veinte y tres de Julio ultimo".

Queda así demostrado que es falsa la consecuencia deducida por la Junta y que la reposición que corresponde "no ha de limitarse á la epoca y punto preciso de como estaban las cosas quando se publicó dicho decreto de treze de Septiembre de mil ochocientos treze, sino al que tenían antes del de quatro de Mayo del mismo año de treze en que se publicó la nueba ley de Tribunales".

Se funda también esta conclusión en lo afirmado por el virrey en el proemio del bando de 16 de septiembre de 1814: "la disposicion del decreto de las Cortes de treze de Septiembre de mil ochocientos y treze es una de aquellas que directamente se oponen à las prerrogativas del Soberano". Admitido este aserto, debe también aceptarse este otro: "el decreto de las Cortes de nuebe de Octubre de mil ochocientos doze, el del dia de su instalacion y la constitucion se oponen directamente en la parte judicial à las prerrogativas del Soberano". Por tanto, todo en este ámbito "debe reponerse al ser y estado que tenía en el dia anterior à la instalacion de las Cortes".

Si se atiende a las disposiciones constitucionales en materia judicial, se observará que "no hai negocio alguno de administracion de justicia en que no se palpe la derogacion de las prerrogativas de nuestro Rey"... "Pero dado el caso que no sea este el fundamento, ó fundamentos que haya tenido el Señor Virrey para la proposicion de que se vá hablando asentada en el proemio de su citado bando, relativa al decreto de las

Cortes de treze de Septiembre de mil ochocientos y treze, qualesquiera que ellos sean, ó se conciban, han de ser los mismo sobre que gira el otro decreto de las mismas de nuebe de Octubre de mil ochocientos y doze, á saber, los principios constitucionales y Democraticos".

Puede decirse "con verdad que el decreto de treze de Septiembre de mil ochocientos y treze no es sino un apendice, ó corolario del de nuebe de Octubre de mil ochocientos doze, y así es que en aquel no se dan reglas especiales para la sustanciacion y determinacion de los negocios de Real Hacienda en la primera ni en las demas instancias; porque presupone deben regir en ellos las dadas en este".

Por consiguiente, la Audiencia deberá proponer al virrey estas reflexiones, y sostener que "el ser y estado á que debe reducirse la administracion de justicia en los negocios, así de Real Hacienda, como de otros ramos alterados por las disposiciones de las cortes es el que tenía el día antes de la instalacion de ellas; bien entendido que en donde no subsistan las autoridades antiguas continuen administrando la justicia las nuebas instituidas en consecuencia de la Constitucion y decretos de las cortes, arreglandose unas y otras para la sustanciacion y determinacion no à las nuebas instituciones, sino à las leyes que regían el día veinte y tres de Septiembre de mil ochocientos y diez, víspera del de la instalacion de las cortes".

Aunque sea privativo de la Audiencia la interpretación del decreto del 4 de mayo "en los negocios concurrentes de su instituto", resulta conveniente que proceda de acuerdo con el virrey, "por las muchas relaciones que tienen ambas Autoridades sobre apelaciones en los negocios de su Superior Govierno".

Recientemente ha habido algunas discrepancias en cuanto a competencias del alto tribunal en asuntos que, en la antigua legislación, requerían el voto consultivo del virrey y, tras el decreto de Cortes de 9 de octubre de 1812, correspondía a la Audiencia con plena independencia de aquél. "El Señor Virrey y esta Real Hacienda no pueden dexar de conocer que esta discordancia de opiniones entre las dos primeras Autoridades de Nueva España no solo entorpecería muchisimo la administracion de Justicia sino que podía servir de pavulo á los rebeldes,

tanto á los descubiertos, como á los solapados para avivar el fuego de la insurreccion mas de lo que esta". Es, pues, recomendable que la Audiencia manifieste al virrey su modo de pensar, sin decir nada por sí misma, y "sin perjuicio de acordar despues lo que estime segun las resultas". Además, la Audiencia deberá disponer que se dé cuenta al rey de este expediente, apenas resulte posible.

3) *Carta a Calleja del regente de la Audiencia (Tomás González Calderón), 3 de octubre de 1814, folios 17 y 18*

Pasado a los fiscales el bando del 16 de septiembre, sobre el conocimiento de los negocios contenciosos en materia de Real Hacienda, han expuesto lo que se traslada al virrey por el testimonio que acompaña. Al tribunal han parecido fundadas las razones en que apoyan su conclusión, por lo que ha acordado manifestarlas al virrey para que, tomándolas en consideración, delibere lo que estime justo.

Otro motivo más en favor de la conclusión de los fiscales, que a la Audiencia le ha parecido oportuno indicar al virrey, es que la real orden de 24 de mayo de 1814, que ha suprimido las diputaciones provinciales, previene que las facultades que les correspondían sean desempeñadas en lo sucesivo por las autoridades que las poseían antes de la Constitución.

4) *Informe a la Audiencia del tercer fiscal (Antonio Torres Torija), 18 de octubre de 1814, folios 19 a 47*

La Audiencia ha remitido al virrey las respuestas de los fiscales en relación con el bando de 16 de septiembre. "Haviendo parecido à la misma Real Audiencia fundadas las razones en que apoyan su conclusion, há acordado manifestarlas á V. E., para que, tomandolas en consideracion, delibere lo que estime justo".

Y, sin embargo, son bien diversas las conclusiones de los fiscales, por lo que sorprende que la "*Real Audiencia recomiende indiferentemente* uno y otro [dictamen] *sin determinar, ó mani-*

festar á V. E. por qual de los dos conceptos está su dictamen, proposicion ó solicitud".

El fiscal menos antiguo solicitó que, a tenor de lo indicado en el bando del 16 de septiembre sobre administración de justicia en los contenciosos de Real Hacienda, "volviesen á ocupar sus respectivos puestos en la Junta Superior de Real Hacienda los señores Regente, y Fiscal de aquel ramo, cesando desde ahora los que ocupan su lugar".

El fiscal más antiguo pedía que se declarara que "*el ser* y estado á que debe reducirse la administración de justicia en los negocios de Real Hacienda, como de otros ramos alterados por las disposiciones de las Cortes, *es el que tenia* el día antes de la instalacion de ellas; bien entendido, que en donde no subsistan las autoridades antiguas, continuen administrando la justicia las nuevas, instituidas en conseqüencia de la constitucion y Decretos de las Cortes, arreglandose unas y otras para la substanciacion y determinacion, no á las nuevas instituciones, sino á las que regian el dia 23 de septiembre de 1810, vispera del de la instalacion de las Cortes".

Son notables las diferencias entre las razones expuestas en uno y otro pedimento de los fiscales, "*degenerando algunas* de las que há tocado el mas antiguo, *en personalidades é invectivas contra el que subscrive*", que serán refutadas más adelante, "*por la obligacion en que está de* cincerarse, y *de poner á cubierto la superior autoridad con que están relacionadas las gestiones de su oficio, que se inculcan*, y la eleccion que V. E. se sirvio hacer de su persona".

El fiscal menos antiguo funda la reposición que propone en que es consecuencia inevitable "de lo dispuesto en el citado Bando de 16 de el inmediato septiembre; pero sin oponer otro reparo á la providencia contenida en el mismo Bando, que el de que la aplicacion del Real Decreto de S. M. de 4 de Mayo de este año, á los negocios contenciosos de Hacienda ó qualquiera novedad que se huviese de hacer á virtud de dicho Real Decreto en los negocios contenciosos de aquel ramo, si acaso no toca propia, y privativamente á la Real Audiencia, *á lo menos no há podido hacerse sin su intervencion, ni por la Junta superior de Hacienda, ni por otra alguna autoridad*".

Diferente es el parecer del fiscal más antiguo, *que "emplea casi todo su discurso en impugnar la disposicion del citado bando* [del 16 de septiembre de 1814], estimándola nada menos que como una infracción del Decreto de las Cortes del 13 de Septiembre de 1813, ó como una victoria que el Fiscal que responde obtuvo indebidamente á virtud de haverse empeñado en barrenarlo, ó embarazar su cumplimiento".

"Las [razones] que há expuesto el señor Fiscal mas antiguo, si algo prueban, es que se ha hecho mal en reponer el conocimiento judicial en los negocios contenciosos de Hacienda en los terminos prevenidos por el Bando de 16 de Septiembre; y por tanto, ni de hay puede deducirse la limitada reposicion que promueve en consecuencia el señor Fiscal menos antiguo, y mucho menos la que con extension á todos los ramos de la administracion de justicia propone el mismo señor Fiscal mas antiguo".

La cuestión está resuelta por el propio virrey, desde que recibió el decreto de 4 de mayo de 1814 y dispuso que se publicara el bando de 17 de agosto de 1814: "*en él guiado V. E. de su propia ilustracion y recto juicio, sin necesidad alguna del dictamen del que subscrive, ni de otro alguno, dijo expresamente*, que debiendo conformarnos y prestar una ciega obediencia á las soberanas decisiones de S. M. explicadas en su citado Real Decreto, *declaraba V. E.*, que para no entorpecer el curso de los Negocios en la administracion politica, guvernativa y de justicia en estos dominios debía *subsistir todo por ahora en el ser y estado en que se hallaba en aquella fecha* hasta que, recividas las soberanas disposiciones de S. M. sobre cada ramo, dictase V. E. las providencias oportunas para su cumplimiento".

El 26 de agosto, el regente de la Audiencia advirtió al virrey que su bando podía ser mal interpretado, en el sentido de que "hasta que se reciviesen órdenes especiales sobre cada ramo, queria que se conservase en todos la obra monstruosa con que los enemigos del trono trataron de minorarlo". Respondió el virrey el 31 de agosto que su voluntad era que desaparecieran las instituciones del régimen constitucional.

Lo cierto es que varias decisiones sucesivas del virrey optaron por evitar las innovaciones, a pesar de haber recibido algunas críticas. Las exigencias de la Audiencia para que las cosas se repusieran en su anterior orden carecían de argumentos que destruyeran los "que V. E. ha indicado para afirmarse en su concepto, pues, como queda observado, las que se han expedido para convencer que es desarreglada la disposicion del citado Bando de 16 de Septiembre, son mas propias para persuadir lo contrario, esto es, que no debe hacerse reposicion alguna, y que aun en los negocios contenciosos de Hacienda debe estarse á lo que se havía determinado en cumplimiento del Decreto de las Cortes de 13 de Septiembre de 813; y otro tanto se puede decir del fundamento que la Real Audiencia añade, tomándolo de la Real Orden de 24 de mayo que suprime las Diputaciones Provinciales".

Análogos criterios observó el virrey en otras materias; por ejemplo, en lo referente a la real orden de 24 de mayo de 1814 sobre supresión de las diputaciones provinciales. El rey dispuso que las facultades fueran asumidas por las autoridades que las desempeñaban antes de la Constitución. Si el rey hubiera querido hacer lo mismo en los demás ramos de la administración de justicia, habría señalado que se hiciera esa reposición.

Nadie ha demostrado al virrey que haya incumplido las disposiciones del soberano; "y el Fiscal tampoco puede defraudar al acierto y exactitud con que la discrecion de V. E. ha procedido".

El decreto de 4 de mayo declaraba nulos los actos de las Cortes "como si no hubiesen pasado jamas, y se quitasen de medio del tiempo. Esta declaracion por si sola debia producir ciertamente todos los efectos, que no solo la Real Audiencia, sino V. E. y todos los fieles vasallos de S. M. ha apetecido, de borrar aun la memoria de aquellas instituciones. Pero tales efectos, conforme a la misma soberana declaración, solo debe surtirlos, respecto de los Decretos y disposiciones deprecivos de los derechos, y prerrogativas de la Soberania del Rey, pues por lo demas, expresamente previno S. M. que sin pérdida de tiempo se iría probeyendo lo que conviniese para restablecer el

orden y lo que antes de las novedades introducidas se observaba en el Reyno".

"¿Como antes de que S. M. provea lo que estime conveniente, se pretende que aqui se restablezca todo lo que se observaba con anterioridad a dichas novedades, no solo en la parte judicial sino aun en la legislativa, como propone el señor Fiscal mas antiguo?"

"Añade el mismo Real Decreto, que para que no se interrumpa la administracion de justicia, *es la voluntad de* S. M. *que entretanto continuen* las justicias ordinarias de los Pueblos que se hallen establecidas, los Jueces de letras donde los huviere, y las Audiencias, é Intendentes, y demas Tribunales de justicia en la administracion de ella; y en lo politico y guvernativo los Ayuntamientos de los Pueblos, *segun de presente están y mientras se establece lo que convenga guardarse*".

"¿Quien nos asegura que S. M. querrá que la reposicion que deba hacerse en la administracion de justicia por lo respectivo á las Audiencias, sea total, y absoluta, y tal qual apetece ó propone la de N. E.?"

Ténganse en cuenta las reales órdenes de 14 y 16 de mayo, recogidas en la *Gaceta extraordinaria* de México de 22 de agosto, sobre los procedimientos observados en Sevilla y Sanlúcar de Barrameda. En ellas, "despues de expresar S. M. los procedimientos de algunas Ciudades y Pueblos, que dan motivo á su soberana disposicion, la explica en estos terminos: *que los Pueblos se abstengan* de alterar con motivo alguno el sociego publico, y de las personas y familias y de proceder á destituir las autoridades, restablecer las antiguas, y las contribuciones, incomodar á las personas, *y á otros hechos iguales ó semejantes, que solo corresponden á la autoridad de S. M.*"

Respecto al bando de 16 de septiembre, adviértase: "los Decretos de las Cortes en lo concerniente á la Real Hacienda, deben considerarse de la clase de aquellos en que especialmente se deprimieron los derechos y prerrogativas de la soberania"... "Una de las principales ofensas hechas a S. M. por la Constitucion, fué quitarle *el Tesoro, el Erario, su Real Hacienda*"... A este atentado "fué consiguiente, el poner los negocios contenciosos de Real Hacienda con la denominacion de Publica ó Na-

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

cional, bajo el conocimiento de la Jurisdiccion ordinaria, que conoce de las demas negocios de la Nacion, y el determinar las Cortes sobre tales negocios al modo que les pareció en su Decreto de 13 de Septiembre de 813"; y, en consecuencia, las mismas disposiciones del decreto del 4 de mayo sobre los acuerdos de las Cortes que privaron al rey del tesoro se han de aplicar a aquellos decretos de las Cortes enlazados "con aquel violento principio": ése era el sentido del proemio del bando de 16 de septiembre.

El ramo de administración de justicia, en los negocios contenciosos de Hacienda, se hallaba muy rezagado en comparación con los ramos político, gubernativo o judicial: éstos habían sido ya encauzados a través de las nuevas instituciones, en tanto que la reciente publicación del decreto de 13 de septiembre de 1813 había impedido que se llevara a la práctica, salvo una mínima parte.

Resulta indudable que el virrey, de acuerdo con la Junta Superior, ha podido dictar las providencias contenidas en el bando de 16 de septiembre, "sin depender en esta calificacion de la Real Audiencia ni de otra autoridad alguna".

A propósito de la necesaria reposición que pretende el fiscal menos antiguo, no basta decir que es una consecuencia de lo que previene el bando de 16 de septiembre para lo respectivo al decreto del 13 de septiembre de 1813. "Combendria demostrar esa necesidad; y no la prueba, que ese Decreto sea tan nulo como el de 9 de octubre de 812, expedido para el arreglo de Tribunales". Porque si así lo hubiera probado, su solicitud hubiera sido excesivamente corta, al limitarse a pedir que fueran repuestos el regente y el fiscal en los puestos que tenían en la Junta Superior de Real Hacienda, "porque deberia extenderse á la total reposicion de lo executado por dicho Decreto de 9 de Octubre de 1812".

La nulidad del decreto de septiembre de 1813 no implica necesariamente la del decreto de octubre de 1812: "bien puede no admitirse aquél, y subsistir este. Ello no tiene duda, que las disposiciones del Decreto de 9 de Octubre de 812 pudieron existir, y existieron sin las del de 13 de Septiembre de 1813, por todo el tiempo que se contó de una á otra fecha".

El fiscal menos antiguo perteneció a la Comisión de Consulta que se estableció para el mejor cumplimiento del decreto de 9 de octubre de 1812. En esa calidad sostuvo, en contra del parecer del fiscal más antiguo, que éste y el regente debían cesar sus funciones en el Juzgado de real Hacienda, "sin embargo de que por dicho Decreto en el art. 32 del cap. 2º este juzgado, y los de Consulado, y Mineria debian subsistir por entonces segun se hallaban". El artículo 16 del capítulo 3º del mismo decreto disponía que esos juzgados subsistieran "conforme al estado en que se hallaban, segun las antiguas leyes": y el fiscal menos antiguo estimó, sin embargo, que el regente y el fiscal debían abandonar las tareas que les correspondían en aquellos juzgados: "¿por que ahora, que no se há tratado mas que de suspender los efectos del Decreto de 13 de Septiembre de 1813 en la parte que no los havia surtido todavia quando se recivio el real Decreto de S. M. de 4 de Mayo de este año, se há de estimar necesaria consequencia que se restituya dichos señores Ministros á los puestos que ocupaban en la Junta Superior de Hacienda?"

La contestación que el que suscribe ha de dar "en razon de lo que personalmente le toca de la acre exposicion del senor Fiscal mas antiguo de la Audiencia" apunta a la exclusión de este ministro en la intervención en los negocios de Real Hacienda: esta propuesta es idéntica a la formulada por el "señor Fiscal menos antiguo en consorcio de los otros señores vocales de la mencionada comision de Consulta, asi como lo fué de la benigna dignacion de V. E. la eleccion que recayó en el que habla para subrogar á dicho señor Fiscal mas antiguo".

"Con atencion á todo lo expuesto, si fuese del superior agrado de V. E. podrá declarar, deber estarse puntual y exactamente á lo prevenido en el citado Bando de 17 del ultimo Agosto, y demas consiguientes oficios, que V. E. há pasado á la Real Audiencia". Ésta es su respuesta al oficio que el virrey le envió el 3 de octubre. Contestará aparte a lo referente a la reposición parcial exigida por las reales órdenes del 24 de mayo de 1814, sobre supresión de las diputaciones provinciales y de los jefes políticos.

"Por ultimo, podrá V. E. disponer que inmediatamente se dé cuenta á S. M. con testimonio de este Expediente; y de los quadernos que se le han agregado, para que se digne aprobar lo que V. E. há dispuesto en puntual cumplimiento de sus soberanas disposiciones y en espera de las que ulteriormente se digne tomar. Mexico y Octubre 18 de 1814". Firmando: Torres Torija.

5) *Resolución del virrey Calleja de 29 de octubre de 1814, folios 47 y 47v°*

"Sáquese testimonio íntegro de ellos [los expedientes] para dar cuenta á S. M. en el inmediato correo y fecho tráigaseme al despacho para acordar lo conveniente".

IV. Últimas disposiciones del virrey en materia de administración de justicia

A modo de conclusión, vale la pena reseñar que las audiencias —tan reacias, en general, a las novedades de Cádiz— volvieron al antiguo esquema, y reapareció la figura de su presidente en la persona del virrey o capitán general.[23] Por lo que respecta a la Nueva España, la real orden correspondiente —expedida en Madrid el 8 de julio— llegó a noticia de Calleja en noviembre de 1814. A través de un bando fechado el 18 de este mes hizo pública su resolución de reasumir la presidencia de la real Audiencia, "á cuyo efecto me trasladé el dia de ayer á este Tribunal, donde se me puso en posesion de dicho empleo".[24]

Ya en diciembre, el virrey publicó un nuevo bando, en el que disponía el restablecimiento de las audiencias de México y de Guadalajara de acuerdo con la organización y atribuciones que poseían el 1 de mayo de 1808, así como la vuelta a la actividad de los juzgados especiales que habían sido abolidos por la

23 *Cfr.* Polanco Alcántara, Tomás, *Las reales audiencias en las provincias americanas de España*, p. 40.

24 AGN, Bandos, vol. 27, bando 1.952, foja 2. 482.

Constitución y la ley de tribunales de octubre de 1812. La reposición de las antiguas instituciones y la puesta en vigor de las leyes que regían antes de la convocatoria de Cortes se completaban con la disolución de los ayuntamientos constitucionales. La única e importante salvedad en el programa de retorno al antiguo orden se refería al tributo indígena: "sin embargo de que por lo respectivo á los Indios se restablecen sus Repúblicas y antiguos privilegios, no se entenderá esto en quanto al tributo, cuya gracia y excepcion se conserva".[25]

Calleja informó de sus actuaciones al ministro Universal de Indias en una carta que le dirigió el 22 de febrero de 1815 para informarle de haber reasumido la presidencia de la Real Audiencia de México, y de haber dispuesto en el Virreinato la reposición absoluta de la administración pública en el ser y estado que tenía el 18 de marzo de 1808.[26]

En fin, la incertidumbre que había generado la compleja restauración del orden antiguo —patente en la Nueva España por las discusiones que suscitó el bando del virrey de 16 de septiembre de 1814 sobre competencias de la Audiencia en el conocimiento de los negocios contenciosos de Real Hacienda— quedó despejada por la real cédula de 7 de junio de 1815,[27] expedida después de una propuesta elevada al rey por el Consejo de Indias el 5 de septiembre de 1814, donde se recomendaba que la administración de justicia se rigiera por las pautas que habían estado vigentes hasta 1808.

25 AGN, Bandos, vol. 27, bando 198, foja 251, y González Obregón, Luis (dir), *La constitución de 1812 en la Nueva España*, t. II, pp. 159-162.

26 AGN, Correspondencia de Virreyes, Sección 1ª, 261, núm. 1.

27 AGN, Reales cédulas, 1815, vol. 212, fols. 257-258.

APÉNDICES

1) *Decreto de las Cortes del 9 de octubre de 1812*[28]

La Regencia del reyno se ha servido dirigirme el Decreto que sigue:

D. FERNANDO VII, por la gracia de Dios y por la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas, y en su ausencia y cautividad de Regencia del Reyno nombrada por las Córtes generales y extraordinarias, á todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: que las Córtes han decretado lo siguiente:

"Las Córtes generales y extraordinarias, deseando llevar á efecto lo prevenido en los articulos 271 y 273 de la Constitucion, y que desde luego se administre con arreglo á ella la justicia por las Audiencias y jueces de primera instancia en todas las provincias de la Monarquía, han venido en decretar y decretan lo siguiente:

CAPÍTULO PRIMERO

De las Audiencias

Artículo 1o.

Por ahora y hasta que se haga la division del territorio español prevenida el artículo 11 de la Constitucion, habrá una Audiencia en cada una de las provincias de la Monarquía que las han tenido hasta esta época, á saber: Aragon, Asturias, Canarias, Cataluña, Extremadura, Galicia, Mallorca, Sevilla, Valencia; y en Ultramar, Buenos-Ayres, Caracas, Charcas, Chile, Cuzco, Guadalaxara, Goatemala, Isla de Cuba, Lima, Manila, México, Quito y Santa Fé.

28 AGN, Impresos oficiales, fols. 109-135, y GONZÁLES OBREGÓN, Luis (dir.), *La constitución de 1812 en la Nueva España*, t. I, pp. 304-323.

2o.

El territorio de estas Audiencias será por ahora el mismo que han tenido, y la misma su residencia; pero si algunas por las circunstancias de la guerra la hubiesen fixado en otros puntos mas á propósito, continuarán interinamente en ellos con aprobacion de la Regencia.

3o.

Se establecerán tambien con la brevedad posible una Audiencia en Madrid, otra en Pamplona, otra en Valladolid, y otra en Granada, en lugar de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte de las dos Chancillerías, y del Consejo de Navarra y su cámara de Cómptos; erigiéndose ademas una Audiencia en la villa del Saltillo, en la América Septentrional.

4o.

El territorio de la Audiencia de Madrid comprehenderá á toda Castilla la Nueva. El de la de Valladolid á todas las provincias comprehendidas en la demarcacion de Castilla la vieja y Leon. El de la de Granada á la provincia de este nombre, y las de Córdoba, Jaen y Murcia. El de la de Pamplona á las provincias de Navarra, Alava, Guipúzcoa y Vizcaya; y el de la del Saltillo á las provincias de Coahuila, nuevo Reyno de Leon, nuevo Santander y los Tejas.

5o.

La Audiencia de Madrid se compondrá de un Regente, diez y seis Ministros y dos Fiscales. Habrá en ellas dos salas para los negocios civiles y otras dos para los criminales, con quatro Ministros cada una.

6o.

Las Audiencias de Aragon, Cataluña, Extremadura, Galicia, Granada, Lima, México, Navarra, Sevilla, Valencia y Valladolid tendrán cada una un Regente, doce Ministros y dos Fiscales; y constarán de dos salas civiles y una para lo criminal, compuestas de quatro ministros cada una.

7o.

Las Audiencias de Asturias, Buenos-Ayres, Canarias, Caracas, Charcas, Chile, Cuba, Cuzco, Goatemala, Guadalaxara, Mallorca, Manila, Quito, Saltillo y Santa Fé, se compondrá cada una de un Regente, nueve Ministros y dos Fiscales. Habrá en ellas una sala de quatro Ministros para los negocios civiles y criminales en segunda instancia, y otra de cinco para conocer de ellos en tercera.

8o.

Si algunas de las Audiencias que deben tener tres salas no las necesitasen por ahora, por hallarse ocupado en parte su territorio, podrá la Regencia establecerlas con dos salas solamente hasta que varien las circunstancias, y se arreglarán en tal caso á lo que se previene en esta ley con respecto á las Audiencias de dos salas.

9o.

Cesará en todas las Audiencias la diferencia de Oidores y Alcaldes del Crímen. Todos los Ministros de ellas serán unos Magistrados iguales en autoridad, y todos tendrán la misma denominacion.

10

Todas las Audiencias tendrán en cuerpo el tratamiento de *Excelencia*, y sus Regentes, Ministros y Fiscales en particular el de *Señoría*.

11

Ninguna de ellas tendrá en adelante otro Presidente que su Regente respectivo.

12

Todas las Audiencias serán iguales en facultades, é independientes unas de otras, sin que halla asunto de conocimiento exclusivo de ninguna.

13

Las facultades de estas Audiencias serán únicamente:

Primera. Conocer en segunda y tercera instancia de las causas civiles y criminales que se les remitan por los jueces de primera instancia de su distrito en apelación, ó en los casos que previene esta ley.

Segunda. Conocer de las causas de suspension y separacion de los jueces inferiores de su territorio conforme á la Constitucion.

Tercera. Conocer de las competencias entre los mismos. En Ultramar las que ocurran entre los jueces subalternos y

los Tribunales y Juzgados especiales, ó entre estos y las Audiencias se decidirán por la mas inmediata.

Quarta. Conocer de los recursos de proteccion y los de fuerza que se introduzcan de los Tribunales y Autoridades Eclesiásticas de su territorio; entendiéndose comprehendidos en ellos los recursos de nuevos diezmos de que ántes conocia el Consejo Real.

Quinta. Recibir de los jueces subalternos de su territorio los avisos de las causas que se formen por delitos y las listas de las causas civiles y criminales pendientes, como se manda en la Constitucion, para promover la mas pronta administracion de Justicia.

Sexta. Hacer el recibimiento de Abogados, previas las formalidades prescritas en las leyes. Y los Abogados que asi se reciban, ó que estén recibidos hasta el dia, podrán exercer su profesion presentando el título, en qualquiera pueblo de las Españas, exceptuando únicamente aquellos en que hay colegios; pues deberán incorporase en ellos conforme al Decreto de las Córtes de 22 de Abril de 1811.

Séptima. Exâminar á los que pretendan ser Escribanos en sus respectivos territorios, previos los requisitos establecidos ó que se establezcan por las leyes. Y los exâminados acudirán al Rey ó á la Regencia con el documento de su aprobacion para obtener el correspondiente título.

Octava. Conocer de los recursos de nulidad que se interpongan de las sentencias dadas por los jueces de primera instancia en las causas en que procediéndose por juicio escrito, conforme á derecho, no tenga lugar la apelacion; cuyo conocimiento será para el preciso efecto de reponer el proceso devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254 de la Constitucion.

Novena. Conocer en ultramar de los mismos recursos de nulidad quando se interponga de las sentencias dadas en tercera instancia, ó en segunda si causan executoria, para solo el efecto que previene el artículo 269 de la Constitucion.

14

No podrán las Audiencias tomar conocimiento alguno sobre los asuntos gubernativos ó económicos de sus provincias.

15

Tampoco podrán en ningun caso retener el conocimiento de causa pendiente en primera instancia, quando se interponga apelacion de auto interlocutorio; y fuera de este caso no podrán llamar los autos pendientes ni aun *ad effectum videndi*.

16

Los regentes, Ministros y Fiscales de las Audiencias no podrán tener comision alguna, ni otra ocupacion que la del despacho de los negocios de su Tribunal.

17

Quedan suprimidos los juzgados de provincia y los de quartel hasta que ahora han exercido los Alcaldes de Córte y los del Crímen; y asimismo los empleos de Alguacil mayor en algunas Audiencias.

18

Tambien queda suprimida la plaza de Juez mayor de Vizcaya; y la Audiencia de Pamplona conocerá de las causas y pleytos de las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya en segunda y tercera instancia, por el mismo órden que de las demas de su territorio.

19

Los Ministros y Fiscales de las Audiencias de la Península é Islas adyacentes tendrán el sueldo de treinta y seis mil reales de vellon anuales, y los Regentes el de cincuenta mil. Pero por ahora y hasta que varien las circunstancias, aquellos gozarán solamente el de veinte y quatro mil, y éstos el que actualmente disfrutan de treinta y seis mil.

20

En atención á los mayores gastos de la Córte, el Regente de la Audiencia de Madrid tendrá un sueldo anual de sesenta mil reales, y los Ministros y Fiscales el de quarenta y cinco mil. Pero mientras rija la ley que designa el *máximum* de los sueldos, se reducirán á él los referidos.

21

Por lo respectivo á las Audiencias de Ultramar, el Capitan general de cada provincia, oyendo al Intendente ó Gefe de hacienda de la misma, y á la Audiencia ó Audiencias de su distrito, propondrá á la Regencia, con remision del expediente, el sueldo de que deban gozar los Regentes, Ministros y Fiscales de cada una con atencion á las circunstancias de los respectivos paises; y la Regencia lo remitirá á las Córtes con su informe. Entre tanto continuarán aquellos Magistrados con la dotacion que actualmente disfrutan.

22

Cada una de las Audiencias, así de la Península é Islas adyecentes como de Ultramar, teniendo presentes la planta y facultades que se les dan por la Constitucion y esta ley, propondrá á la Regencia del Reyno dentro de quatro meses contados desde el recibo del presente Decreto, las Ordenanzas que crea mas oportunas para su régimen interior, el número de subalternos necesarios, y sus dotaciones respectivas; remitiendo al mismo tiempo copia auténtica de las Ordenanzas que actualmente rijan: y la Regencia, oyendo al Consejo de Estado, formará con vista de todas una Ordenanza para el régimen uniforme de todas las Audiencias, con expresion de los subalternos necesarios para cada una y sus dotaciones, y la pasará á las Córtes para su aprobación. Entre tanto se gobernarán las Audiencias por sus actuales Ordenanzas en cuanto no se opongan á la Constitución, y á lo que aqui se previene.

23

Tambien formará cada Audiencia, de acuerdo con la Diputacion provincial respectiva, y lo remitira ä la Regencia dentro del mismo término, un arancel de los derechos que deban percibir así los dependientes del Tribunal como los Jueces de partido, Alcaldes, Escribanos y demas subalternos de los Juzgados de su territorio; y la Regencia, al tiempo de pasar estos aranceles á las Córtes para su aprobacion, propondrá lo que le parezca á fin de que quanto sea posible se igualen los derechos así en la Península como en Ultramar respectiva y proporcionalmente.

24

Los dos Fiscales de cada Audiencia despacharán indistintamente en lo civil y criminal por repartimiento, que autorizará la misma.

25

Los Fiscales tendrán voto el las causa en que no sean parte, quando no haya suficientes Ministros para determinarlas ó dirimir una discordia.

26

En todas las causas criminales será oido el Fiscal de la Audiencia, aunque haya parte que acuse. En las civiles lo será únicamente quando interesen á la causa pública ó á la defensa de la jurisdiccion ordinaria.

27

Los Fiscales de las Audiencias no llevaran por titulo ni pretexto alguno derechos ni obvenciones de qualquiera clase y baxo qualquiera nombre que sean, por las respuestas que dieren en los asuntos que se les pasen.

28

Los Fiscales en las causas criminales ó civiles en que hagan las veces de actor ó coadyuven el derecho de este, hablarán en estrados ántes que el defensor del reo ó de la persona demandada; y podrán ser apremiados á instancia de las partes como qualquiera de ellas.

29

Las respuestas de los Fiscales así en las causas criminales como civiles no se reservarán en ningun caso para que los ineresados dexen de verlas.

30

En las Audiencias de dos salas todos los negocios civiles y criminales se determinarán en la segunda instancia por la sala de este nombre, y en la tercera pasarán a la otra sala despues de admitida la súplica por aquella. Quando tenga lugar la súplica de sentencia de vista confirmatoria de la primera instancia concirrirám para la revista y determinacion todos los ministros restantes de la Audiencia con el Regente y uno de los Fiscales, ó ambos, si ninguno fuere parte en el negocio; y siempre deberán haber á lo menos dos Jueces

mas que los que fallaron en segunda instancia, Si para ello no hubiese Magistrados suficientes en la Audiencia, se agregaran uno ó dos Jueces de letras de la Capital que no hubiesen sentenciado en la causa de que se trate, y en su defecto la sala elegirá á pluralidad de votos el Letrado ó Letrados que necesiten

31

En estas Audiencias de dos salas la discordia que ocurra en la sala de segunda instancia se decidirá por un Ministro de la otra, ó por uno de los Fiscales. Si ocurriese discordia en la sala de tercera, se dirimirá, á falta del Regente ó de un Fiscal, por uno de los Jueces de letras de la capital, ó en su defecto por un Letrado, con arreglo á lo prevenido en el articulo precedente. En las demas Audiencias la discordia que haya en una sala, será decidida por un Ministro de qualquiera de las otras.

32

En las Audiencias de tres salas se determinará en qualquiera de las civiles la súplica interpuesta de la otra ó de la sala criminal: pero si se suplicase de sentencia de vista conformatoria de la de primera instancia, se reunirán para la revista y determinacion todos los Ministros de las otras salas; y siempre habrá á lo menos dos Jueces mas que los que sentenciaron en vista.

33

En la Audiencia de dos salas civiles y dos criminales la súplica de una se decidirá en la otra del respectivo ramo; pero de qualquiera que se suplique contra dos sentencias conformes se reunirán los Ministros de una sala civil y otra criminal, y habrá á lo menos dos Jueces mas que los que fallaron en segunda instancia.

34

Las respectivas salas de las Audiencias se formarán cada año alternando los Ministros por el órden de su antigüedad en la forma que se designa:

CUADRO ADJUNTO

AUDIENCIAS DE DOS SALAS	AUDIENCIAS DE TRES SALAS		AUDIENCIAS DE QUATRO SALAS	
1ª . . . . . 1º.	1ª civil	2ª civil	1º civil	1ª criminal
3º.	1º	2º.	1º.	3º.
5º.	4º.	5º.	5º.	7º.
7º.	7º.	8º.	9º.	11º.
	10º.	11º.	13º.	15º.
2ª. . . . . 2º.	Criminal		2ª civil	2ª criminal
4º.	3º.		2º.	4º.
6º.	6º.		6º.	8º.
8º.	9º.		10º.	12º.
9º.	12º.		14º.	16º.

35

Los ministros que en...

36

Los Regentes debera...

37

Para formar sala habrá tres Ministros á lo menos.

38

En los asuntos civiles y criminales de qualquiera clase no podrá haber sentencia con menos de tres votos conformes. Si votasen seis ó mas Jueces, deberá haber conformidad en la mayoría absoluta.

39

Las causa criminales en que pueda recaer pena corporal no se verán en segunda ó tercera instancia por menos de cinco Jueces

40

Acabada la vista ó revista, no se disolverá la sala hasta dar sentencia: pero si alguno ó algunos de los Magistrados expusiesen ántes de comenzarse la votacion que necesitan ver los autos, podrá suspenderse, y deberá darse la sentencia

dentro de los ocho dias siguientes. En las causas en que los Jueces declaren conforme á la ley del reyno ser necesaria informacion en derecho, se dará la sentencia dentro de sesenta dias improrrogables contados desde el de la vista.

41

En la causas criminales solo habrá lugar á súplica de la sentencia de vista quando no sea conforme de toda conformidad á la de primera instancia.

42

En la causas criminales que se remitan á las Audiencias por los Jueces de primera instancia, conforme á lo que se determina en esta ley, se oirá siempre al Fiscal, al reo y al acusador particular, si le hubiere, para determinar en vista ó en revista.

43

En los juicios sumarísimos de posesion, en los quales se executará siempre la sentencia de primera instancia sin embargo de apelacion, no habrá lugar á súplica de la sentencia de vista, confirme ó revoque la del Juez inferior. En los plenarios solo se podrá suplicar de la sentencia de vista quando no sea conforme á la de primera instancia, y la cantidad exceda de quinientos pesos fuertes en la Peninsula é Islas adyacentes, y de mil en Ultramar.

44

En los pleytos sobre propiedad, que no excedan de doscientos cincuenta pesos fuertes en la Península é Islas adyacentes, y de quinientos en Ultramar, no habrá tampoco lugar á súplica de la sentencia de vista, la qual causará executoria, sea que confirme ó que revoque la primera.

45

Tambien se causará executoria, y no habrá lugar á suplica, quando la sentencia de vista confirme la de primera instancia en pleytos sobre propiedad que no excedan de mil pesos fuertes en la Península é Isla adyacentes, y de dos mil en Ultramar. Pero así en el caso de este artículo como en el del precedente, se admitira la súplica quando el que la interpusiese presentase nuevos instrumentos con juramento de que

los encontró nuevamente, y de que ántes no los tuvo ni supo de ellos, aunque hizo las diligencias oportunas.

46

Quando la sentencia de vista ó de revista cause executoria, quedará á las partes expedito el recurso de nulidad; pero la interposicion de este no impedirá que se lleve á efecto desde luego la sentencia executoria, dándose por la parte que la hubiese obtenido la correspondiente fianza de estar á las resultas, si se mandase reponer el proceso.

47

Los recursos de nulidad que se interpongan de las sentencias de revista de las Audiencias de la Península é Islas adyacentes, ó de las de vista que causen executoria, pertenecerán exclusivamente al Tribunal supremo de Justicia.

48

En las Audiencias de Ultramar que tengan tres salas, se interpondrá y decidirá el recurso de nulidad de la sentencia de revista en la sala que no haya conocido del negocio en segunda ni tercera instancia. Pero si para determinar el recurso no hubiesen quedado en la Audiencia cinco Jueces hábiles, se remitirá á otra con arreglo al artículo 268 de la Constitucion.

49

Quando en las Audiencias de la misma clase se interponga recurso de nulidad de sentencia de vista que cause executoria, se verá y determinará por cualquiera de las otras dos salas á que toque por turno.

50

En las Audiencias de Ultramar que tengan dos salas solamente, se decidirá en la de tercera instancia el recurso de nulidad que se interponga de sentencia de vista que cause executoria.

51

Quando el recurso de nulidad se interponga de una Audiencia á otra, se decidirá en la sala á que toque por turno.

52

En todos los casos comprehendidos en los quatro artículos precedentes para determinar el recurso de nulidad asistirán

cinco Ministros á lo menos, debiendo ser uno de ellos el Regente, si no hubiese conocido del negocio en ninguna instancia.

53

El recurso de nulidad se interpondrá en la sala donde cause executoria, dentro de los ocho dias siguientes al de la notificación de la sentencia.

54

La sala admitirá el recurso sin otra circunstancia, y dispondrá que con la seguridad correspondiente y á costa de la parte que lo interpuso, se remitan los autos originales al Tribunal supremo de Justicia por lo respectivo á la Península é Islas adyacentes, ó á la sala donde corresponda en Ultramar, segun lo que queda prevenido, citándose ántes á los interesados para que acudan á usar de su derecho; pero si alguno de estos pidiese ántes de la remision de la causa, que quede testimonio de ella, lo dispondrá así la sala á costa del mismo.

55

Tanto en estos recursos como en todos los demas negocios, las Audiencias y qualesquiera otros Tribunales y Jueces guardarán á los Abogados y Defensores de las partes de la justa libertad que deben tener, por escrito y de palabra, para sostener los derechos de sus defendidos. Los Abogados, así como deben proceder con arreglo á las leyes y con el respeto debido á los Tribunales, serán tratados por estos con el decoro correspondiente, y no se les interrumpirá ni desconcertará quando hablen en estrados, ni se les coartará directa ni indirectamente el libre desempeño de su encargo.

56

Las Audiencias, con la asistencia del Regente y de todos sus Ministros y Fiscales, harán anualmente en público visita general de cárceles en los dias señalados por las leyes, y ademas en el 24 de Setiembre, aniversario de la instalacion de Congreso Nacional, extendiéndolas á qualesquiera sitios en que haya presos sujetos á la Jurisdiccion ordinaria; y del resultado de estas visitas remitirán inmediatamente certificacion al Gobierno para que este lo haga publicar, y pueda

tomar las providencias que correspondan en uso de sus facultades. Sin perjuicio de ello las Audiencias de Ultramar publicarán desde luego en su territorio las mencionadas certificaciones.

57

Asistirán sin voto á estas visitas generales interpolados con los Magistrados de la Audiencia despues del que las presida, dos individuos de la Diputacion provincial ó del Ayuntamiento del pueblo en que resida el Tribunal, si no existiese alli la Diputacion, ó no estuviese reunida; y con este objeto la Audiencia señalará la hora proporcionada, y lo avisará anticipadamente á la Diputacion ó al Ayuntamiento para que nombren los dos individuos que hayan de concurrir..

58

Tambien se hara en público una visita semanal de cárceles en cada sábado, asistiendo dos Ministros á quienes toque por turno con arreglo á las leyes, y los dos Fiscales.

59o,

En las visitas de una y otra clase se presentarán precisamente todos los presos, como dispone la Constitucion; y los Magistrados, ademas del exâmen que se acostumbra hacer, reconocerán por sí mismos las habitaciones, y se informarán puntualmente del trato que se dá á los encarcelados, del alimento y asistencia que reciben, y de si se les incomoda con mas prisiones que las mandadas por el Juez, ó si se les tiene sin comunicacion no estando así prevenido. Pero si en las cárceles públicas hallasen presos correspondientes á otra jurisdiccion, se limitarán á exâminar cómo se les trata, á remediar los abusos y defectos de los Alcaydes, y á oficiar á los Jueces respectivos sobre lo demas que adviertan.

60

Siempre que un preso pida audiencia, pasará un Ministro de la sala que entienda de su causa á oirle quanto tenga que exponer, dando cuenta de ello á la sala.

61

Las listas de causas civiles y criminales que segun la Constitucion deben remitir las Audiencias al Tribunal supre-

mo de Justicia, se imprimirán por las de Ultramar, y se publicrán en su territorio.

62

Todas las Audiencias despues de terminada quelquiera causa civil ó criminal, deberán mandar que se dé testimonio de ella ó del memorial ajustado á qualquiera que lo pida á su costa para imprimirlo ó para el uso que estime; exceptuándose aquellas causas en que la decencia pública exija segun la ley que se vean á puerta cerrada.

63

Los negocios que en qualquiera instancia penda actualmente en las Audiencias, y los que ocurran ántes de publicarse esta ley, serán determinados en vista y revista por cada una de ellas respectivamente, conforme á lo que queda prevenido, y no habrá apelacion para ante otra Audiencia aun en los casos en que ha tenido lugar hasta ahora. Pero con respecto á las causas comenzadas en las Audiencias ántes de haberse publicado la Constitucion, se podrán interponer ánte el supremo Tribunal de Justicia los mismos recursos que hubieran correspondido á los Consejos suprimidos, conforme al Decreto de 17 de Abril de este año.

64

Quedando como quedan por la Constitucion y esta ley inhibidas las Audiencias de todo conocimiento acerca de los asuntos gubernativos ó económicos de sus provincias, quantos se hallasen pendientes en los Acuerdos, y fuesen por su naturaleza contenciosos, se distribuirán por repartimiento en las salas respectivas del Tribunal para su despacho; y los gubernativos ó económicos se pasarán desde luego á las Diputaciones provinciales para que en estas, de acuerdo con los Gefes políticos superiores, los examinen y clasifiquen, dén curso á aquellos en que deban intervenir las mismas Diputaciones, Gefes y Ayuntamientos, segun sus respectiva Facultades, y avisen exâctamente de todo á la Regencia del Reyno, remitiéndole los demas por el conducto de las Secretarias del Despacho á que correspondan, segun la clasificacion hecha por el Decreto de 6 de Abril último, y promoviendo los que consideren mas convenientes.

Capítulo segundo

De los Jueces Letrados de Partido

Artículo 1o.

Las Diputaciones provinciales ó las Juntas donde no estuviesen establecidas las Diputaciones, harán de acuerdo con la Audiencia la distribucion provincial de partidos en sus respectivas provincias, para que en cada uno de ellos un Juez Letrado de primera instancia, conforme al articulo 273 de la Constitucion.

2o.

En la península é Islas adyacentes formarán los partidos proporcionalmente iguales, con tal que no baxen de cinco mil veninos; teniendo presente la mayor inmediacion y comodidad de los pueblos para acudir á que se les administre justicia, y haciendo cabeza de partido el que por su localidad, vecindario, proporciones y demas circunstancias para ello.

3o.

En Ultramar harán tambien la distribucion proporcionada de los partidos, atendiendo á que no podrá dexar de haber Juez Letrado de primera instancia en un territorio que llegue á cinco mil vecinos.

4o.

Sin embargo de lo que queda prevenido, siempre que asi en la Península como en Ultramar algun territorio ó algun partido ya formado no pueda agregarse a otro por su localidad y distancia, ó por la mucha extension del pais, las Diputaciones harán de él un partido separado, ó lo conservarán como está, para que tenga su Juez de primera instancia, aunque no llegue al número de vecinos que queda señalado.

5o.

Una poblacion cuyo numero de vecindario equivalga al de uno, dos ó mas partidos, tendrá el número necesario de Jueces de primera instancia; pudiéndoseles agregar aquellos pueblos pequeños, á los quales por su inmediacion les sea mas cómodo acudir allí para el seguimiento de sus pleytos.

6o.

Las Diputaciones y en su defecto las Juntas propondrán al mismo tiempo, tambien de acuerdo con las Audiencias, el número de subalternos de que deberá componerse cada Juzgado de primera instancia.

7o.

Hecha la distribucion, se remitira á la Regencia del Reyno, quien con su informe la pasará á las Córtes; y aprobada por estas se devolcerá á la Regencia para que nombre desde luego los Jueces de primera instancia que sean necesarios.

8o.

El conocimiento de los Jueces y su jurisdiccion se limitarán precisamente á los asuntos contenciosos de su partido.

9o.

De las demandas civiles que no pasen de quinientos reales de vellon en la Península é Islas adyacentes, y de cien pesos fuertes en Ultramar; y de los criminal sobre palabras y faltas livianas que no merezcan otra pena que alguna advertencia, reprehesion ó correccion ligera, no conocerán los Jueces de partido sino por lo respectivo al pueblo de su residencia, y á prevencion de los Alcaldes del mismo. Y así uno como otros determinarán los negocios de semejante clase precisamente en juicio verbal, y sin apelacion ni otra formalidad que la de asentarse la determinacion con expresion sucinta de los antecedentes, firmada por el Juez y Escribano, en un libro que deberá llevarse para este efecto.

10

Todos los demas pleytos y causas civiles ó criminales de qualquiera clase y naturaleza, que ocurran en el partido entre qualesquiera personas, se entablarán y seguirán precisamente ante el Juez Letrado del mismo en primera instancia, exceptuándose los casos en que los eclesiásticos y militares deban gozar de fuero con arreglo á la Constitucion, y sin perjuicio de aquellos de que conforme â esta ley puedan ó deban conocer los Alcaldes de los pueblos, y de los que se reserven á los Tribunales especiales.

11

De las causa y pleytos que pasando de las cantidades expresadas en el artículo 9 no exedan de cincuenta pesos fuertes en la Península é Islas adyacente, y de doscientos en Ultramar, conocerán los Jueces de partido por juicio escrito conforme á derecho, pero sin apelacion; quedando á las partes el recurso de nulidad para ante la Audiencia del territorio, quando el Juez hubiese contravenido á las leyes que arreglan el proceso. Este recurso se interpondrá ante el mismo Juez dentro de los ocho dias siguientes al de la notificacion de la sentencia, observándose respectivamente lo dispuesto en los articulos 46 y 54 del capítulo primero.

12

No debiendo ya instaurarse en primera instancia ante las Audiencias los recursos de que algunas han conocido hasta ahora con el nombre de Auto ordinario y Firmas, todas las personas que en cualquiera provincia de la Monarquía sean despojadas ó perturbadas en la posesion de alguna cosa profana ó espiritual, sea eclesiástico, lego ó militar el perturbador, acudirán á los Jueces Letrados de partido para que las restituyan y amparen; y estos conocerán de los recursos por medio del juicio sumarísimo que corresponda, y aun por el plenario de posesion si las partes lo promoviesen, con las apelaciones á la Audiencia respectiva, en el modo y casos que previene el artículo 43 del capítulo primero; reservándose el juicio de propiedad á los Jueces competentes, siempre que se trate de cosas ó personas que gocen de fuero privilegiado.

13

Los Jueces de partido no admitirán demanda alguna civil ni criminal sobre injurias, sin que acompañe á ella una certificacion del Alcalde del pueblo respectivo que acredite haber intentado ante él el medio de la conciliacion, y que no avinieron las partes.

14

Los jueces de partido por lo respectivo á los pueblos de su residencia, conocerán á prevencion con los Alcaldes de los mismo de la formacion de inventarios, justificaciones *ad*

perpetuam, y otras diligencias judiciales de igual naturaleza, en que no haya todavia oposicion de parte.

15

Tambien conocerán de las causas civiles, y de las criminales sobre delitos comunes que ocurran contra los Alcaldes de los pueblos del partido. Las que se ofrezcan de la misma clase contra el Juez Letrado, se pondrá y seguirán ante el partido cuya capital esté mas inmediata.

16

En las causas criminales y despues de concluido el sumario y recibida la confesion al tratado como reo, todas las providencias y demas actos que se ofrezcan serán en audiencia pública para que asistan las partes si quisieren.

17

Todos los testigos que hayan de declarar en cualquier causa civil ó criminal serán exâminados precisamente por el Juez de la misma; y si exîstiesen en otro pueblo, lo serán por el Juez ó Alcalde del de su residencia.

18

Todos los Jueces de primera instancia sentenciarán las causa criminales ó civiles de que conozcan, dentro de ocho dias precisamente despues de su conclucion.

19

Toda sentencia de primera intancia en las causas criminales se notificarán desde luego al acusador y al reo; y si alguno de ellos apelase, irán los autos criminales á la Audiencia sin dilacion alguno, emplazándose á las partes.

20

Si el acusador y el reo consintiesen la sentencia y la causa fuese sobre delitos livianos, á que no está impuesta por la ley pena corporal, executará su sentencia el Juez del partido. Pero si la causa fuese sobre delito á que por la ley estuviese señalada la pena corporal, remitirán los autos á la Audiencia pasando el término de la apelacion, aunque las partes no la interpongan, citándolas y emplazándolas previamente.

21

En todas las causas civiles en que segun la ley deba tener lugar la apelacion en ambos efectos, se remitirán á la Audiencia de los autos originales, sin exígirse derechos algunos con el nombre de compulsa.

22

Admitida la apelacion lisa y llanamente y en ambos efectos por el Juez del partido, remitirá este desde luego los Autos á la Audiencia á costa del apelante, previa citacion de los interesados, para que acudan á usar de su derecho.

23

De qualquiera causa ó pleyto despues de terminado deberán, tambien los Jueces de partido dar testimonio á qualquiera que lo pida á su costa para imprimirlo ó para otros usos; exceptuándose aquellas causas en que la decencia pública exíja segun la ley que se vean á puerta cerrada.

24

Los Jueces de partido en el pueblo de su residencia harán en público las visitas generales y semanales de cárceles en los dias y sitios que previenen los artículos 56 y 58 del capítulo 1o. asistiendo sin voto á las primeras dos individuos del Ayuntamiento nombrados por éste conforme al artículo 57. Los Jueces se arreglarán en unas y otras visitas á lo que dispone el artículo 59, dando cuenta á la Audiencia mensualmente del resultado de todas. Tambien pasarán á la cárcel simpre que algun preso pida audiencia, y le oirán quanto tenga que exponer.

25

Los Jueces de partido en la Península é Islas adyacentes disfrutarán por ahora el sueldo anual de once mil reales de vellon, y los derechos de Juzgado con arreglo á arancel. Estos sueldos se pagarán de los propios de los pueblos del partido, ó en su defecto de otros arbitrios que las Diputaciones provinciales propondrán á las Córtes por medio de la Regencia.

26

En Ultramar el Capitan de cada provincia, oyendo al Intendente ó Gefe de Hacienda de la misma, y á la Audiencia ó Audiencias de su distrito, propondrá á la Regencia con remision del expediente el sueldo que deban gozar los Jueces de partido de cada una, además de los derechos de arancel por ahora, teniendo consideracion á las circunstancias de los

respectivos paises, y la Regencia lo remitirá á las Córtes con su informe. Estas propuestas se harán en el concepto de que ha de cesar la diferencia de las tres clases de estos Jueces que ahora de hallan establecidas, y entre tanto disfrutarán, todos el sueldo de mil y quinientos pesos fuertes anuales y los derechos mencionados.

27

En lo sucesivo no se exígiran fianzas á los Jueces de partido.

28

Estos Jueces durarán en sus empleos seis años á lo mas; pero no cesarán en sus funciones hasta ser provistos en otro destino, si no hubiere justo motivo para suspenderlos ó separarlos conforme á la Constitucion.

29

Los Jueces de partido serán substituidos en sus ausencias, enfermedades ó muerte por el primer Alcalde del pueblo en que residan, y si alguno de los Alcaldes fuere letrado, sera preferido. En Ultramar si muriese ó imposibilitase el Juez, el Gefe político superior de la provincia, á propuesta de la Audiencia, nombrará interinamente un Letrado que le reemplace, y dará cuenta al Gobierno.

30

Los Vireyes, Capitanes y Comandantes generales de las provincias, y los Gobernadores militares de plazas fuertes y de armas, se limitarán al exercicio de la jurisdiccion militar, y de las demas funciones que les competan por ordenanza; y quedan suprimidos todos los demas Gobiernos y Corregimientos de capa y espada, como lo quedarán igualmente los Corregimientos y Tenencias de letras, las Alcaldías mayores de qualquiera clase, y las Subdelegaciones en Ultramar, luego quee hecha y aprobada la distribucion provisional de partidos, se nombren los Jueces de ellos.

31

Tambien quedan suprimidos los Asesores que ademas de los Auditores de guerra tienen los Vireyes, Capitanes ó Comandantes generales de algunas provincias; debiendo

estos asesorarse con los Auditores para el exercicio de la jurisdiccion militar que les compete.

32

No debiendo haber, segun lo dispuesto en la Constitucion, mas fueros priviligiados que el eclesiástico y militar, cesarán en el exercicio de jurisdiccion todos los demas Jueces privativos de qualquiera clase; y quantos negocios civiles y criminales ocurran en cada partido, se tratarán ante el Juez Letrado del mismo, y los Alcaldes de los pueblos, como se previene en esta ley. Exeptuánse sin embargo los Juzgados de la Hacienda pública, los Consulasdos y los Tribunales de Minería, que subsistirán por ahora segun se hallan hasta nueva resolucion de las Córtes.

33

Las causas y pleytos pendientes en los juzgados priavativos que se suprimen, se pasarán desde luego á los Jueces de primera instancia de los respectivos pueblos; y donde hubiere mas de un Juez, se hará por repartimiento.

34

Las competencias de jurisdiccion que ocurran en la Península é Islas adyacentes entre los Jueces Letrados de partido, y los Juzgados ó Tribunales especiales, se decidirán por el Tribunal supremo de Justicia, al qual se remitirán los autos originales formados sobre ello.

CAPÍTULO TERCERO

De los Alcaldes constitucionales de los pueblos

Artículo 1o.

Como que los Alcaldes de los pueblos execen en ellos el oficio de conciliadores, todo el que tenga que demandar á otro ante el Juez de partido por negocios civiles ó por injurias, deberá presentarse al Alcalde competente, quien con dos hombre buenos nombrados uno por cada parte, las oira á ambas, se enterará de las razones que aleguen, y oido el dictamen de los dos asociados dará dentro de los ocho dias á lo mas la providencia de conciliacion que le parezca propia

para terminar el litigio sin mas progreso. Esta providencia lo terminará en efecto, si las partes se aquietasen con ella; se asentará en un libro que debe llevar el Alcalde con el título de *determinaciones de conciliacion*, firmando el mismo Alcalde, los hombre buenos, y los interesados si supieren; y se dará á estos las certificaciones que pidan.

2o.

Si las partes nse conformasen, se anotará así en el mismo libro, y dará el alcalde á la que la pida una certificacion de haber intentado el medio de la conciliacion, y de que no se avinieron los interesados.

3o.

Quando ante el Alcalde conciliador competente sea demandada alguna persona que exísta en otro pueblo, la citará aquel por medio de oficio al Juez de su residencia, para que comparezca por sí ó por procurador con poder bastante dentro del término suficiente que se le asigne; y no compareciendo, se dará al actor certificacion expresiva de haberse intentado el medio de la conciliacion, y de no haber tenido efecto por falta del damandado.

4o.

Si la demanda ante el Alcalde conciliador fuese sobre retencion de efectos de un deudor que pretenda subtraerlos, ó sobre interdiccion de nueva obra, ú otras cosa de igual urgencia, y el actor pidiese al Alcalde que desde luego provea provisionalmente para evitar el perjuicio de la dilacion; lo hará así el Alcalde sin retraso, y procederá inmediatamente á la conciliacion.

5o.

Los Alcaldes conocerán ademas en sus respectivos pueblos de las demandas civiles que no pasen de quinientos reales vellon en la Península é Islas adyacentes, y de cien pesos fuertes en Ultramar, y de los negocios criminales sobre injurias, y faltas livianas que no merezcan otra pena que alguna reprehesion ó correccion ligera; determinando unas y otras en juicio verbal. Para este fin en las demandas civiles referidas y las criminales sobre injurias, se asociarán tambien los Alcaldes con dos hombre buenos nombrados uno por

cada parte, y despues de oir al demandante y al demandado, y el dictamen de los dos asociados, darán ante el Escribano la providencia que sea justa; y de ella no habrá apelacion ni otra formalidad que asentarla con expresion sucinta de los antecedentes en un libro que deberá llevarse para los juicios verbales, firmando el Alcalde, los hombres buenos y el Escribano.

6o.

Conocerán tambien los Alcaldes de los pueblos en todas las diligencias judiciales sobre asuntos civiles hasta que lleguen á ser contenciosas entre partes; en cuyo caso las remitirán al Juez del partido.

7o.

Podrán asimismo conocer á instancia de parte en aquellas diligencias que aunque conteciosas son urgentísimas, y no dan lugar á acudir al Juez del partido, como la prevencion de un inventario, la interposicion de un retracto, y otras de esta naturaleza, remitiéndolas al Juez evacuado que sea el objeto.

8o.

Los Alcaldes en el caso de cometerse en sus pueblos algun delito ó encontrarse algun delinqüente. podrán y deberán proceder de oficio ó á instancia de parte á formar las primeras diligencias de la sumaria, y pretender á los reos, siempre que resulte de ellas algun hecho por el que merezcan segun la ley ser castigados con pena corpŏral, ó quando se les aprehenda cometiéndolo en *fraganti*; pero darán cuenta inmediatamente al Juez de partido, y le remitirán las diligencias poniendo á su disposicion los reos.

9o.

Los Alcaldes de los pueblos en que residan los Jueces de partido, podrán y deberán tomar á prevencion igual conocimiento en los mismos casos de que trata el articulo precedente, dando cuenta sin dilacion al Juez para que este continúe los procedimientos.

10o.

En todas las diligencias que se ofrezcan en las causas, así civiles como criminales no se podrán valer los Jueces de partido sino de los Alcaldes de los respectivos pueblos.

11

En quanto á lo gubernativo, económico, y de policía de los pueblos, exercerán los Alcaldes la jurisdiccion y facultades que segun las leyes han tenido hasta ahora los Alcaldes ordinarios, arreglándose simpre á lo dispuesto por la Constitucion.

CAPÍTULO QUARTO

De la administracion de justicia en primera instancia, hasta que se formen los partidos

Artículo 1o.

Hasta que se haga y apruebe la distribucion de los portidos prevenida en el capítulo segundo, y se nombren por el Gobierno los Jueces de letras de los mismos, todas las causas y pleytos civiles y criminales se seguirán en primera instancia ante los Jueces de letras de Real nombramiento, los Subdelegados de Ultramar y los Alcaldes constitucionales de los pueblos.

2o.

Los Jueces de letras de Real nombramiento de limitarán precisamente al exercicio de la jurisdiccion contenciosa en los pueblos respectivos en que la han tenido hasta ahora; y si en algunos de estos mismos pueblos la han exercido á prevencion con sus Alcaldes, continuarán estos y los Jueces de letras conociendo preventivamente.

3o.

En los demas pueblos en que no haya Juez de letras ni Subdelegado en Ultramar, exercerán, la jurisdiccion contenciosa en primera instancia los Alcaldes constitucionales, como la han exercido los Alcaldes ordinarios.

4o.

Los Alcaldes de los pueblos en que haya Juez de letras ó Subdelegado en Ultramar, t en que aquellos no hayan exercido la jurisdiccion á prevencion con estos, no conoceran en lo contencioso sino en los caso de que tratan los artículos 5o. y 8o. del capítulo tercero.

5o.

Los Alcaldes con absoluta inhibicion de los Jueces de letras y Subdelegados de Ultramar, conocerán de lo gubernativo, economico y de policía de los pueblos respectivos.

6o.

Los Alcaldes constitucionales de los pueblos comenzarán desde luego á execer las funciones de conciliadores con arreglo á lo que queda prevenido en los quatro primeros artículos del mismo capitulo tercero; y no se admitirá ya demanda alguna civil ni criminal sobre injurias, sin la certificacion de haberse intentado el medio de la conciliacion, y de que no se avinieron las partes. Lo tendrá entendido la Regencia del Reyno, y dispondrá lo necesario á su cumplimiento haciéndolo imprimir publicar y circular.= Francisco Morrós, Vice-Presidente.= Juan Bernardo O-Gavan. Diputado Secretario.= Juan Quintano, Diputado Secretario.= Dado en Cádiz á 9 de Octubre de 1812. A la Regencia del Reyno."

Por lo tanto mandamos á todos los Tribunales, Justicias, Gefes, Gobernadores y demas autoridades así civiles como militares y eclesiásticas, de qualquier clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y executar el presente Decreto en todas sus partes. Tendréislo entendido para su cumplimiento, y dispondreis se imprima, publique y circule.= Joaquin de Mosquera y Figueroa.= Juan Villavicencio.= Ignacio Rodrígez de Rivas.= Juan Perez Villamil.= En Cádiz á 9 de Octubre de 1812.= A D. Antonio Cano Manuel.

De órden de la Regencia del Reyno lo comunico á V. para su inteligencia y cumplimiento en la parte que le toca, avisádome de su recibo. Dios guarde á V. muchos años. Cádiz 9 de octubre de 1812.

Antonio Cano Manuel

2) *Decreto de las Cortes del 13 de septiembre de 1813*[29]

Las Córtes generales y extraordinarias, deseando fixar las reglas oportunas para que en los negocios contenciosos de la Hacienda pública se administre la justicia con arreglo á los principios sancionados en la Constitucion política de la Monarquía, y teniendo presente que conforme á ella, por decreto de 17 de Abril del año próximo pasado, se suprinió el Consejo de Hacienda, han venido en decretar y decretan:

Artículo 1. Todos los negocios contenciosos de la Hacienda pública sobre cobranza de contribuciones, pertenencia de derechos, reversion é incorporacion, *amortizacion, generalidades, correos, patrimonio real*, contrabandos, delitos de los empleados en el exercicio de sus funciones, y lsas demas causas y pleytos de que han conocido hasta ahora los Intendentes y Subdelegados de Rentas, y el Consejo suprimido de Hacienda, se fenecerán en las provincias conforme al artículo 262 de la Constitucion, substanciándose y determinándose en primera instancia por Jueces letrados, y en segunda y tercera por las Audiencias respectivas, así de la Península é Islas adyacentes, como de Ultramar.

Artículo II. Sin embargo de esto, los asuntos contenciosos que ocurran sobre liquidaciones de cuentas por la Contaduría mayor, ó sobre las que practique la Junta nacional del Crédito público, de determinarán en vista y revista por la Audiencia de la capital donde resida la corte, como radicados en esta, asistiendo con voto consultivo un individuo de la Contaduría mayor, ó de la Junta nacional en los respectivos casos.

29 Coleccion de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde 24 de Febrero de 1813 hasta 14 de Septiembre del mismo año, en que terminaron sus secciones. Comprehende ademas el decreto expedido por las Cortes Extraordinarias en 20 de dicho mes. Mandada publicar de orden de las mismas, Madrid, Imprenta de Repullés, 1820, t. IV, pp 246-250, y GONZÁLES OBREGÓN, Luis (dir.); *La constitución de 1812 en la Nueva España*, t, II, pp. 130-133.

Artículo III. Las causa y pleytos sobre contratas generales ó particulares se ventilarán en sus respectivas instancias ante los Jueces de letras, y las Audiencias que se hubiesen designado en los contratos, y á falta de este señalamiento ante los Juzgados y Tribunales del territorio á que correspondan por las reglas generales del derecho.

Artículo IV. En cada una de las tres provincias Vascongadas y en Navarra habrá para los negocios contenciosos de Hacienda un Juez de primera instancia, que se llamará así, y lo será el de letras de cada una de las quatro capitales.

Artículo V. En Cataluña habrá siete Jueces de la misma clase: el primero en Barcelona, que comprehenderá el corregimiento de este nombre, y los de Mataró y Villafranca: el segundo en Tarragona, que comprehenderá tambien el corregimiento de Tortosa: el tercero en Cervera, que comprehenderá igualmente el de Lérida: el quarto en Talarn, que comprehendera el valle de Aran: el quinto en Vích, que comprehenderá el de Manresa: el sexto en Urgel para todo el corregimiento de Puigcerdá, y el séptimo en Gerona, que comprehenderá asimismo el de Figueras. Estos Jueces serán tambien los mismos de letras de las siete capitales respectivas, *nombrándolos el Gobierno en donde no los hubiere*; y en cada una de ellas se establecerá un Abogado Fiscal y Escribano para las causas y pleytos de Hacienda, subsistiendo todo lo económico y gubernativo en el mismo pie que ha estado hasta ahora.

Artículo VI. En la provincia de Valencia habrá cinco Jueces de la misma clase: el primero en la capital, que comprehenderá su gobernacion ó partido, y el de Alcira: el segundo en Castellón de la Plana, que comprehende igualmente los partidos de Morella y Peñiscola: el tercero en la ciudad de Xátiva, que comprehenderá tambien el de Denia: el quarto en Alicante, que comprehenderá la gobernacion de Alcoy; y el quinto en Orihuela, que comprehenderá la de Xijona. Estos cinco Jueces serán los mismos de letras de las capitales respectivas, y en cada una de ellas se establecerá, donde no los hubiere, un Abogado Fiscal y Escribano para las causas

y pleytos de Hacienda, subsistiendo todo lo económico y gubernativo en el mismo pie que ha estado hasta ahora.

Artículo VII. En Aragón serán siete los Jueces de la misma clase: el primero en Zaragoza para el partido de este nombre, y los de Tarazona y Borja: el segundo en Daroca para este partido y el de Calatayud: el tercero en Teruel, que comprehende de su partido y el de Albarracin: el quarto en Alcañiz para solo su partido: el quinto en Barbastro, que comprehende su partido, y los de Benabarre y Fraga: el sexto en Huesca para este partido y el de Jaca; y el séptimo en Cinco-Villas para solo su partido. Estos siete Jueces serán los mismos de letras de las capitales respectivas, y en cada una de ellas se establecerá, donde no los hubiere, un Abogado Fiscal y Escribano para las causas y pleytos de Hacienda, subsistiendo todo lo económico y gubernativo en el mismo pie que ha estado hasta ahora.

Artículo VIII. En las demas provincias de la Monarquia los Jueces letrados de las capitales de los partidos, donde hay actualmente Subdelegados de rentas, lo serán tambien, y se llamarán de primera instancia para los negocios contenciosos de Hacienda que ocurran en los partidos de las mismas Subdelegaciones, actuando privativamente en ellos los mismos Abogados, Fiscales, Escribanos y demas subalternos que estas tengan.

Artículo IX. En las capitales en que hubiere dos ó mas Jueces de primera instancia, lo será para los negocios contenciosos de Hacienda el que designare el Gobieno.

Artículo X. Todos los Jueces referidos, que han de conocer en primera instancia de las causas y pleytos de Hacienda en sus respectivos territorios, serán iguales en autoridad, é independientes unos de otros.

Artículo XI. Así en los Juzgados de primera instancia como en las Audiencias se despacharán, con preferencia á todas las causas civiles, las respectivas á la Hacienda pública.

Artículo XII. En las causas sobre cobranzas de débitos de contribuciones no se admitirá la apelacion de la sentencia condenatoria sino despues de hecho el pago.

Artículo XIII. En las causas de fraude contra cualquiera de las rentas de la Hacienda pública queda derogado todo fuero, con arreglo á lo que se previno en el artículo 19 de la intruccion de 22 de Julio de 1761.

Artículo XIV. Los Intendentes no ejercerán funciones judiciales, ní conocerán de los negocios contenciosos de Hacienda, ni podrán llamar las causas dependientes en justicia; pero podrán pedir acerca de ellas á las Audiencias y Jueces de primera instancia cuantas noticias estimen, para dar cuenta al Gobierno de las dilaciones y defectos que adviertan, y ejercerán toda la autoridad gubernativa y económica que les conceden las leyes é instrucciones para cuidar de la recaudacion, administracion y direccion de las rentas, cobranza de débitos, buen desempeño de los empleados, y promover por todos los medios los intereses de la Hacienda Pública.

Artículo XV. Mientras que llega el caso de establerse los Jueces de primera instancia de los partidos, conforme al decreto de las Córtes de 9 Octubre próximo pasado, conocerán en primera instancia de los negocios contenciosos de Hacienda, con las apelaciones á las Audiencias respectivas, los Corregidores letrados ó Alcaldes mayores de los pueblos en que haya Juzgado de Subdelegacion de rentas. En Ultramar continuarán conociendo los Subdelegados actuales, con dictámen de Asesor, si no fuesen de letras, hasta que se verifique dicho establecimiento, y en su defecto *los Tenientes letrados, donde los hubiere*; pero las Subdelegaciones que vaquen entre tanto no se proveerán sino en Letrados.

Artículo XVI. Las causas contenciosas de Hacienda pendientes en la actualidad pasarán para su continuacion á los Jueces ó Tribunales á quienes corresponda su conocimiento segun el tenor de este decreto .

Artículo XVII. Los que por principal destino tuvieren Asesorías con nombramiento del Rey, y por lo resuelto en este decreto debieren cesar en su ejercicio, disfrutarán el sueldo que les está asignado ínterin se les coloca en otros proporcionados á sus conocimientos, servicios y aptitud.

Lo tendrá entendido la Regencia del reino para su cumplimiento, y lo hará imprimir, publicar y circular. Dado en Cádiz á 13 de Septiembre de 1813.

3) *Bando del virrey Calleja de 16 de septiembre de 1814.*[30]

Habiendose tocado graves inconvenientes en la execucion del Decreto de las Córtes de 13 de Septimbre de 1813, inserto en el Bando de 23 de Julio de próximo pasado, en que se dió nueva forma para la administracion de justicia en los negocios contenciosos del Real Hacienda; y teniendo presente por otra parte que esta disposicion es una de aquellas que directamente se oponen á las prerrogativas del Soberano, y que la declaracion contenida en el Real Decreto de 4 de Mayo de este año, expedido por nuestro amado Monarca el Sr. D. FERNANDO VII, sobre que no se haga novedad en lo judicial, politico y gubernativo, es con el objeto de que no se interrumpa la administracion de justucia, la que no podria observarse con tanta puntualidad y exactitud en el Ramo de Real Hacienda, sin que este tenga un sistema fixo y constante en toda su extencion é integridad; se ha formado expediente en la materia con el fin de conciliar las soberanas intenciones de S. M. y los intereses de sus amados vasallos, el que exáminado en Junta Superior de Real Hacienda, celebrada en 9 del corriente, acordó lo que consta en la acta que sigue.

Habiendose visto el pedimenro de oficio del Sr, Fiscal, en que promueve que los negocios de Real Hacienda en que no se haya hecho todavía la novedad que exigió el Decreto de las Córtes generales y extraordinaras de 13 de Septiembre de 1813, sigan por el órden y sistema que antes de él se observaba: el Real Decreto de nuestro Soberano el Sr. D. FERNANDO VII dado en Valencia á 4 de Mayo último, declarando ser su Real voluntad que para que no se interrumpa la administacion de justicia, subsista por ahora en el ser y estado en que se halla, continuando administrándola las Señores Intendentes: teniendose consideracion á que aunque en Bando de 23 de Julio de este año, se mandó cumplir y executar el referido Decreto de 13 de Septiembre, en el hecho no ha llegado á verificarse mas de una pequeña parte, por lo que real y positivamente el ser y estado en que se hallaban los negocios contenciosos de la Real Hacienda al publicarse en la Gazeta de esta Capital de 16 del mes próximo pasado, el citado Soberano Decreto de 4 de Mayo, es el mismo que tenian y baxo cuyo sistema giraban antes de la variacion dispuesta por las Córtes: que S. M. quiere expresamente continúen administrando justicia los Señores Intendentes, que no la han exercido sino en los asuntos de Real Hacienda: que habiendo sido el objeto del Rey para no hacer novedad en lo judicial, el que no se interrumpa la administracion de justicia, mas bien debe resultar ese entorpecimiento en el Ramo de Real Hacienda de que no tenga sistema fixo y constante en toda su extension é integridad, sino que parte corra segun la novedad que en él comezón á hacerse, y parte ó se halle suspenso, ó siga por las disposiciones anteriores á aquellas, una vez que ese es el ser y estado en que se hallaba al recibirse el Soberano Decreto de 4 de Mayo, con otros inconvenientes de graves consecuencias que tuvieron presentes, acordaron: que la adminisracion de justicia en los negocios contenciosos de Real Hacienda, continúe en los mismos términos y baxo el mismo órden y forma que se observa en este Reyno al publicarse el Bando de 23 del inmediato Julio, guardandose el estilo y práctica que habia antes del cumplimiento que en este se mandó dar al mencionado Decreto de las Córtes, lo que se haga notorio por Bando, comunicandose á los Tribunales, Magistrados, y demas personas á quienes corresponda su inteligencia y observancia.

30 AGN, Bandos, vol. 27, bando 188, foja 241, y GONZÁLEZ OBREGON, Luis (dir), *La constitucion de 1812 en la Nueva España*, t. II, pp. 157-159.

LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS O JOINT VENTURES Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Xavier GINEBRA SERRABOU

SUMARIO: 1. *Concepto de alianzas estratégicas o joint ventures.* 2. *Los efectos perturbadores de las alianzas estratégicas sobre la competencia.* 3. *Las repercusiones de las alianzas estratégicas en el derecho estadounidense.* 4. *Las alianzas estratégicas en la Unión Europea.* 5. *Las alianzas estratégicas en el derecho de la competencia mexicana.*

1. CONCEPTO DE ALIANZAS ESTRATÉGICAS O JOINT VENTURES

Las alianzas estratégicas o *joint ventures* en sentido amplio son contratos celebrados entre dos o más empresas por el cual integran parcialmente operaciones o actividades que forman parte de su actividad empresarial, a través de la puesta común de recursos, bienes o dinero, de manera estable y duradera, para mejorar su situación competitiva y participando de manera conjunta y proporcional en los resultados de la explotación.

Desde una óptica económica, podemos decir que una alianza estratégica es el contrato por el que dos o más empresas, conservando su independencia jurídica y económica, coordinan en forma estable uno o varios escalafones y/o actividades de la cadena del valor con otra empresa. Tal coordinación debe realizarse en relación a los eslabones o actividades de dicha cadena que aportan una ventaja competitiva significativa para tales empresas. De otra manera, existiría una alianza, pero no sería estratégica.

Las alianzas estratégicas, asuman la forma que asuman, generalmente siempre tendrán efectos sobre la competencia, lo cual nos obliga a que estudiemos en forma detenida, cómo pueden aquellas perturbar la competencia, para ver si los efectos

que las alianzas tienen sobre la misma, impiden o dificultan la realización de éstas, o bien estudiar, dados los efectos perturbadores que aquellas puedan tener sobre la libre concurrencia, los modos de evitar tales efectos, a fin de que las autoridades antitrust del país en el que la alianza surta sus efectos, la aprueben o la condicionen lo menos posible. Lo anterior debido a que dadas las legislaciones de defensa de la competencia de los países desarrollados, las alianzas estratégicas no suelen escaparse de sus reglamentaciones. Es más, muchas alianzas estratégicas quedan condicionadas, por la legislación antitrust, a su previa autorización o notificación a las autoridades protectoras de la competencia, como es el caso de nuestro país (arts. 16 y 21 de la Ley Federal de Competencia Económica, LFCE).

Para poder analizar las alianzas estratégicas en el marco del derecho de la competencia, es necesario examinar primero los posibles efectos que las mismas suelen tener dentro de la economía de mercado, a fin de poder explicar el porqué están sujetas a la legislación antitrust, para después ver en caso de conflicto, qué debe prevalecer, la alianza estratégica o la política de defensa de la competencia. Por último, examinaremos en qué condiciones las autoridades antitrust han autorizado las alianzas, qué dice la LFCE al respecto, y qué criterios ha asumido en su examen la Comisión Federal de Competencia, en sus escasos años de vida como órgano aplicador de la Ley.

2. Los efectos perturbadores de las alianzas estratégicas sobre la competencia

El concepto de competencia se relaciona estrechamente con el mercado, pues aquella sólo es posible en el mercado de la interacción entre oferta y demanda que define a éste. Por lo tanto, dado que la competencia ha de desarrollarse en el marco de determinado mercado, los efectos directos sobre aquellas sólo pueden configurarse en la medida en la que se altere el funcionamiento de alguno de los aspectos de éste. Las conductas contrarias a los aspectos dinámicos de la competencia suponen una alteración inmediata de las acciones que dan lugar a la existencia de un mercado. Por el contrario, las conductas que

inciden sobre los aspectos estructurales de la competencia suponen modificar los elementos que permiten, a su vez, la existencia de la libre concurrencia en los mercados. Así, una conducta que afecta los elementos dinámicos de la competencia implicará alterar los precios vigentes en un mercado, el volumen de oferta a él dirigido, la división de la demanda entre las distintas empresas que allí operan u otros componentes de las conductas que, en conjunto, constituyen el citado mercado. Una conducta con efectos estructurales afectará, por ejemplo, la identidad de los propietarios de las empresas que operan en cierto sector, el número de éstas o la independencia de sus respectivas administraciones. Estas modificaciones en las relaciones entre las firmas que operan en el mercado afectado tendrán, a su vez, efectos sobre el comportamiento de éste, que son los que en definitiva busca dirigir la legislación regulatoria de la competencia.[1]

Al darse las alianzas estratégicas, por lo general entre agentes económicos horizontales o verticales, es claro que implicará un efecto estructural sobre el mercado que, indirectamente afectará el proceso dinámico del mismo. En efecto, en las alianzas estratégicas, es frecuente que dos o más empresas que desean entrar a determinado mercado, opten por hacerlo conjuntamente, en lugar de hacerlo individualmente. (...) Pueden estas formas asociativas tener efectos negativos sobre la competencia al impedir, mediante la actuación conjunta de las firmas que son potencialmente concurrentes en un mercado, la coexistencia en éste de una pluralidad o de un número suficientemente elevado de empresas competidoras.[2]

Ahora bien, los efectos que las empresas conjuntas tienen sobre la competencia son menores que los que se tienen con motivo de una fusión. En la fusión siempre desaparece un agente económico del mercado, fortaleciéndose en contrapartida otro, aquel que adquiere los activos de la empresa fusionada, con lo cual se fortalece el poder que ostenta en el mercado

1 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, Editorial Helíasta, Buenos Aires, 1983, pp. 593 y 594.
2 *Ibídem*, p. 635.

una determinada empresa, pudiendo, en virtud de esa fusión, obtener un poder dominante en el mercado, con lo que se facilita la realización de prácticas colusorias.

La evaluación de los efectos de las empresas conjuntas sobre la libre concurrencia requiere distinguir, este tipo de actos con efectos estructurales sobre la competencia respecto de las funciones. Mientras que éstas implican la eliminación de un competidor actual o potencial, las empresas conjuntas suponen, a lo sumo, la eliminación de competidores potenciales, resultante ésta de la posibilidad de que las firmas participantes en tales empresas ingresen separadamente en el correspondiente mercado en el caso de no poder hacerlo conjuntamente. Debe tenerse presente, sin embargo, que las empresas conjuntas pueden también posibilitar el ingreso en un mercado de firmas que, en caso de no contar con la posibilidad de asociarse con otra, se abstendrían de este tipo de expansión.

En tales supuestos, las formas asociativas aquí consideradas presentan un impacto evidentemente favorable sobre la estructura competitiva.[3]

La valoración de las empresas conjuntas guarda relación con el valor que la legislación de un determinado país le atribuye a la política de competencia, lo cual dependerá, en buena medida, del sistema económico en que se apoye, teórica o fácticamente, la economía de un país, dentro de las distintas variables de la economía de mercado. Si el sistema económico de un país tiene una tendencia marcadamente neoliberal, de tintes friedmanianos, con una confianza excesiva en la "mano invisible del mercado",[4] las alianzas estratégicas tenderán a verse con desconfianza, pretendiendo ver detrás de éstas acuerdos horizontales o verticales de fijación de precios, contrarios a la legislación antitrust. Si, por el contrario, dicho sistema se apoya en una filosofía propia de economía social de mercado, si tiende a mantener o fomentar la competencia, o si

3 *Ibídem.*

4 DRUCKER, Peter, *El cambiante mundo del directivo*, Editorial Grijalbo, Barcelona, 1983, p. 135.

más bien, va en beneficio de la justicia social,[5] tenderán a apoyarse este tipo de acuerdos.

A pesar de las variaciones mencionadas, dos son las corrientes opuestas que atribuyen distinto valor a la política de competencia, entre las cuales giran todas las demás:

De un lado, la caracterización de la competencia como una garantía de la libertad de obrar de los operadores económicos (empresas y consumidores).

Para esta corriente de pensamiento, la competencia —concepto polimorfo que se resiste a una definición precisa— no sería originalmente, en una estimación jurídica, otra cosa que la rivalidad entre empresas que operan en un determinado sector de la actividad económica y que se esfuerzan, dentro de los límites legales permitidos, por captar la mayor cuota del mercado posible ofreciendo mejores precios, bienes, servicios u otras condiciones económicas, sin incurrir en responsabilidad por su comportamiento, aunque éste cause un perjuicio a otras empresas e incluso ocasione su expulsión del mercado.

Así concebida, la libre competencia —traducción, en términos jurídicos, de la competencia económica— sería simultáneamente una suma de libertades y una estructura jurídica formal a la que habría que dotar de contenido.

En cuanto agregación de libertades, sería tópica la distinción de la literatura jurídica especializada entre los elementos constitutivos de la competencia y los criterios de la competencia (de estructura, de comportamiento, de resultado). Mientras que los primeros sirven para determinar la existencia de competencia —y, por consiguiente, también de un eventual ataque a ella—, los segundos se aplican para cuantificar el grado de competencia en un mercado concreto. Para poder hablar en rigor de competencia se hace inexcusable, entre otros requisitos, la posibilidad, para cada nueva empresa, de introducirse en un mercado en el que no ha operado con anterioridad (principio de mercado abierto), sin que tal acceso se vea obstaculizado por barreras de entrada artificiales; la posibilidad asimismo de que

5 HARTEN, Peter, *La economía, sus leyes y sus misterios*, Editorial Herder, Barcelona, 1979, p. 173.

los operadores económicos ya instalados decidan libremente su política empresarial, atendiendo exclusivamente a datos tales como la situación del mercado, la relación costes-beneficios o el comportamiento de las otras empresas que operan dentro del mismo sector de actividad (principio de autonomía de la estrategia empresarial), la posibilidad finalmente de que los consumidores, destinatarios finales del proceso productivo, opten libremente entre aquellos bienes y servicios que prefieran en atención a su precio, a su calidad o a otras circunstancias económicas, como por ejemplo, la financiación del producto que se desea adquirir o el servicio posventa que el vendedor ponga a disposición de su cliente (principio de soberanía del consumidor).

Como estructura jurídica formal, la competencia, así definida, estaría en condiciones de satisfacer exigencias conceptuales mínimas. Nadie podría en efecto cuestionar la existencia de un marco de competencia, cuando concurran simultáneamente mercado, pluralidad de oferentes y aceptantes y una actitud antagonística entre ellos. Se trata empero de una noción que, por su amplitud necesita —si se quiere que sea operativa— ser precisada. En ella pueden tener cabida, en efecto, orientaciones dispares e incluso antagónicas: tal sería la actitud de quienes creen que la competencia debería servir de escudo frente a la intromisión del Estado en la vida económica, pero no están dispuestos a que se reaccione con la misma energía contra los competidores de las otras empresas que operan en el mercado, o la de quienes consideran que la competencia puede y debe ser un instrumento de política económica en manos del Estado; la de quienes consideran —como, por ejemplo, la Harvard School— que el Estado no debe dejar de velar porque el mercado se aproxime lo más posible a la competencia perfecta formulada por los clásicos aunque nunca se daría en la realidad—, luchando contra los cárteles y observando la dinámica competitiva del mercado a corto y medio plazo y la de quienes, por el contrario insisten —como, por ejemplo, la Chicago School— en que, salvaguardados los intereses del consumidor, la acción del Estado en este terreno debe ser mínima, debería centrarse preferentemente en los actos colusorios distinguiendo entre las restricciones horizontales y verticales de la competencia, y no en las concentraciones de las empresas y observando el horizonte económico a largo plazo.[6]

Sobre esta tendencia cabe decir que, en general, la teoría económica y el derecho antitrust se ha inclinado por fijar su atención en las concentraciones, como un medio de medir la estructura de un mercado, y así conocer si las leyes de competencia deben aplicarse para corregir esas situaciones,[7] por lo que en general prevalece la actitud de la Harvard School sobre la de Chicago, aunque la teoría económica más prestigiada reconozca que las fuerzas de la competencia hacen que cuando hay industrias rentables, éstas tiendan a atraer la entrada de nuevos competidores, presionando así a la baja sobre los precios,[8] por lo que parecería que no es indispensable una intervención tan activa por el Estado en política de competencia. Sin embargo, dados los efectos siniestros que pueden tener los monopolios en la economía de un país, al facilitar la posibilidad de influir en las preferencias de los participantes en el mercado de forma que mejore la situación del monopolista,[9] consideramos, por razones prudenciales, que los Estados se inclinen más por la primera tendencia, que por la segunda.

De otro lado, desde la otra perspectiva, desde una óptica populista, se le ha atribuido a la competencia la función de adecuar el orden económico al político. La competencia debería servir para procurar la difusión del poder económico: de la misma manera que, en una democracia, todos los ciudadanos tienen derecho a participar, a través de diversos medios, en el poder político, deberían también tener derecho a una cuota del poder económico. Finalmente anclada en la tradición política norteamericana —aunque no exclusiva hoy en día de ella—,

6 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, *Derecho Mercantil Internacional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pp. 131 a 133.

7 CLARKSON, Kenneth W. y LEROY MULLER, Roger, *Industrial Organization: Theory, Evidence and Public Poliey*, Editorial McGraw-Hill, Singapur, 1982, p. 51.

8 SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D., *Economía*, Editorial MacGraw Hill, Madrid, 1993, p. 178.

9 SCHUMAN, Jochen, *Fundamentos de la teoría microeconómica*, Editorial Herder, Barcelona, 1980, p. 268.

que ha transmitido de generación a generación ciertos ideales del american way of life, como el individualismo, la autoayuda, la libre iniciativa, el ánimo de lucro y la libre competencia, implica un recelo histórico que frente a los grandes trusts, ante el temor —conforme a la suposición del que paga manda— de que sea el mundo económico (las mayores empresas del país) el que controle al Estado y no al revés, poniendo así en peligro la propia democracia —políticamente rentable en un sistema en el que, por definición, esa interpretación de la competencia favorecía a la mayoría del electorado— ha tenido como secuelas la política de no crecimiento de las grandes empresas (control de las concentraciones empresariales) y el reconocimiento estatal de las uniones de los económicamente más débiles (pequeños comerciantes, agricultores, trabajadores, consumidores) que, víctimas propiciatorias de los grandes monopolios, vieron con simpatía y apoyaron el surgimiento de la legislación antimonopolística.[10]

La postura adoptada por muchos de los países ha sido la primera: proteger la competencia como parte de la libertad de empresa, aunque con diversos matices, como ya se ha señalado. Dentro de éstos a nuestro juicio, el encuadramiento correcto es el de atribuir a la competencia el valor propio de una medida de política económica, es decir, de medio para la consecución de un fin, en este caso, la mejora económica de la población, si bien ésta perseguida a través de medios indirectos, con los efectos de eficiencia, distribución de la riqueza, mejora del desarrollo tecnológico y del bienestar de los consumidores, que la competencia suele favorecer.

El sistema jurídico que mejor ha plasmado en su legislación el papel que juega la política de competencia dentro de su sistema jurídico es, a nuestro juicio, el comunitario europeo.

Dentro de la legislación comunitaria europea, plasmada en sus inicios en el Tratado de Roma Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (en lo sucesivo TCEE), queda claro el carácter instrumental de la competencia comunitaria.

10 FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, y CALVO CARAVACA, Luis-Alfonso, *op. cit.*, pp. 133 y 134.

La competencia no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar los objetivos del Tratado, en especial la integración económica, el desarrollo de las actividades económicas y la elevación del nivel de vida (arts. 2 y 3 f/ TCEE). Una consecuencia de este carácter instrumental es la posibilidad de admitir restricciones a la competencia, por la vía del art. 85.3 TCEE, cuando de ella derivan beneficios económicos y sociales superiores a las desventajas que entraña la lesión a la libre competencia. En este sentido, se ha apuntado, que la praxis de la Comisión Europea suele (no sin cierta incoherencia) justificar, en sus decisiones, la aplicabilidad del art. 85.1 TCEE a un determinado comportamiento, porque éste atenta contra la competencia atomística o, lo que es igual, reduce el número de agentes económicos que operan en el mercado, para, a continuación, excluirla del caso concreto que resuelve —mediante el recurso del art. 85.3 TCEE—, porque, en cambio, tal comportamiento no sólo deja que subsista la competencia eficaz —es decir, una dosis mínima de competencia que es necesaria— sino que la mejora, permitiendo, por ejemplo, que un cierto número de pequeñas y medianas empresas coordinen sus esfuerzos y doten al mercado de una estructura más equilibrada.[11]

Es en este renglón de ideas en donde las alianzas estratégicas pueden ver ampliado su juego, si tomando en cuenta las restricciones que las mismas pueden implicar dentro de la libre competencia, se analizan los efectos que estos acuerdos pueden tener en relación a innovaciones tecnológicas, mejora de nuevos productos, penetración de nuevos mercados, etc., que pueden compensar con creces, los efectos distorsionadores que toda unión entre empresas suele acarrear dentro del mercado.

La legislación mexicana sobre competencia, la Ley Federal de Competencia Económica, es parte del giro que dio nuestro país a partir de 1988, en el sentido de sentar las bases de una moderna economía de mercado.

Esta Ley moderniza nuestras disposiciones en materia de competencia, y adecua los instrumentos de intervención del

11 *Ibidem*, p. 154.

Estado en la Economía, de acuerdo al primer Informe de Labores de la Comisión Federal de Competencia, a los requerimientos de un país cuyos procesos de producción y distribución descansan cada vez más en la iniciativa de los particulares. La Ley Federal de Competencia Económica representa un viraje en la concepción de la forma de intervención del gobierno. Quedaron atrás las intervenciones asociadas a los controles directos, ahora reemplazadas por un enfoque que busca, en primera instancia, fortalecer la capacidad autorregulatoria de los mercados y, en caso necesario, la acción directa del Estado para sancionar prácticas o concentraciones monopólicas.

La legislación en materia de competencia desempeña un papel importante al incrementar oportunidades para muchos. (...) En términos generales, crea las condiciones para que los agentes económicos exitosos sean aquellos que produzcan con mayor eficiencia, que ofrezcan menores precios y mayor calidad, o que introduzcan nuevos y mejores productos y servicios.

Al contribuir a través de mayor competencia a alcanzar más eficiencia, la legislación de competencia fortalece el proceso de generación de empleos más productivos y mejor remunerados. Por estas razones, y a través de diversos mecanismos, la legislación de competencia contribuye a lograr equidad y a otorgar la igualdad de oportunidades. En la medida en que tengamos más oportunidades, más movilidad social y mayor eficiencia, tendremos un país más próspero y más justo.[12]

En principio parecería que la legislación antimonopólica europea está inspirada en los mismos principios que la Ley mexicana de la competencia. En ambos casos se reconoce el papel que la política de competencia juega en el desarrollo de la actividad económica, y su papel en cierto modo indirecto en el desarrollo económico.

Sin embargo, a nuestro modo de ver hay una diferencia fundamental, y no accesoria, entre la postulación de la competencia en el TCEE y la LFCE; mientras el primero reconoce expresamente el carácter instrumental de la política de competencia, la LFCE no lo hace. Esta omisión del carácter de medio

12 *Informe Anual 1993-1994 de la Comisión Federal de Competencia*, pp. 9 y 10.

de la competencia en la LFCE no consideramos que sea un olvido del legislador, obedece a postulados del papel que juega el mercado y el modo en que actúa éste, especialmente en relación a la intervención del Estado dentro de la competencia económica.

En efecto, mientras en el Tratado de Romo, a pesar del reconocimiento del papel capilar dentro de la Comunidad Económica Europea del juego del libre mercado, se hable en varias ocasiones, y nos atreveríamos a decir, como postulado, de la importancia del Estado para instrumentar los medios adecuados para lograr una economía de mercado (*Cfr.* art. 90 TCEE), que además tome en cuenta los desajustes que, de modo más o menos frecuente, pueden darse en éste, en la LFCE la intención del legislador fue limitar de modo premeditado la actuación del Estado en la economía, ya directa o indirectamente, debido a que se creía de un modo más firme en el papel ciego y eficaz del mercado en la asignación de los recursos. Prueba de ello son las muchas alusiones a la "eficiencia" en la Exposición de Motivos de la Ley,[13] en los comentarios elaborados por los redactores de la misma, y en los Informes emitidos por la Comisión Federal de Competencia en lo que ésta tiene en funciones.[14]

Consideramos que el legislador partió de un premisa equivocada en México; al confiar en la capacidad autorregulatoria de los mercados, se olvidó que México había vivido durante muchos años un sistema de economía mixta, con una economía cerrada y proteccionista, y que el salto hacia una economía global y de libre mercado había de hacerlo de forma gradual; a través de una mayor intervención del Estado para fomentar la política de competencia, para coadyuvar a la obtención de una

13 *Cfr.* Exposición de motivos, alusión al art. 9 LFCE, relativo a la prohibición de prácticas monopólicas absolutas: "Las prácticas monopólicas absolutas representan una conducta que se debe castigar, pues se da entre competidores, sin que exista integración productiva o distributiva *que permitan inferir que existen ganancias en eficiencia*"

14 La protección y promoción del proceso de competencia y libre concurrencia encomendadas a la Comisión deben ser apreciadas en el contexto de las medidas de apertura, desregulación económica y desincorporación de empresas públicas (*Informe Anual 1994-95* de la Comisión Federal de Competencia).

planta productiva verdaderamente eficiente, lo cual se iba a lograr, no dejando la "eficiencia" en las manos del libre juego del mercado, sino a través de un sistema de concertación en el aspecto económico, es decir, de un diálogo entre empresarios y gobierno para prevenir los efectos distorsionadores del mercado, lo cual, además de no implicar necesariamente un proteccionismo, es el sistema más adecuado para irrumpir mínimamente en la libertad de los administrados,[15] además de que hace correr el peligro de que la libertad de competencia se convierta en una mera libertad formal, desprovista de contenido.

Lo anterior, o sea, la necesidad de la utilización de sistemas de concertación en el ámbito económico, lo consideramos indispensable, no sólo por la actual crisis económica por la que atraviesa el país, sino que es uno de los papeles fundamentales del Estado en la economía; desplegar los recursos del país (trabajo y capital, a lo que yo añadiría la tecnología), con unos altos y crecientes niveles de productividad.[16]

3. Las repercusiones de las alianzas estratégicas en el derecho estadounidense

El caso fundamental resuelto por la jurisprudencia estadounidense en esta materia es United States v. Penn-Olin Chemical Company. Se trataba allí de la formación de una empresa dedicada a la producción y venta de clorato de sodio en la región del sudeste de los Estados Unidos, inversión en la que participaban dos firmas de sustancial importancia en la industria química; una de ellas producía clorato de sodio en otra región de los Estados Unidos, y la otra, si bien no fabricaba esa sustancia, contaba con una importante tecnología para su producción. La Corte Suprema estadounidense consideró que el art. 7 de la Ley Clayton, generalmente aplicable a las fusiones, lo era también a las empresas conjuntas, y que, en consecuencia, debía determinarse la validez de éstas a la luz de sus posibles efectos anticompetitivos. Estos se basaban en la presunción de que las empresas participantes en la nueva firma no competirían con ésta en el correspondiente mercado.

15 Conesa, Fernando, *Libertad de empresa y Estado de derecho*, Editorial Rialp, Madrid, 1978, p. 158.

16 Porter, Michael E., *La ventaja competitiva de las naciones*, Editorial Vergara, Buenos Aires, 1991, p. 763.

No obstante la similitud del análisis aplicable a las fusiones y a las empresas conjuntas, el tribunal interviniente observó que en estas últimas existía la creación de una nueva fuerza competitiva en el correspondiente sector, que debía ser evaluada frente a la obstaculización del ingreso independiente de las empresas participantes, que se imputaban a su asociación. Por otra parte, la Corte Suprema indicó que para determinar los posibles efectos anticompetitivos de la inversión conjunta no debía solamente establecerse en qué medida era posible que las firmas que de ella formaban parte ingresaran aisladamente en el mercado considerado, sino también el grado en que su carácter de competidores potenciales, el cual incidía sobre el comportamiento de las firmas instaladas, resultaba afectado por la participación en la inversión común. La Corte Suprema autorizó finalmente la agrupación, bajo el argumento de que las empresas en ella participantes no hubieran ingresado al correspondiente mercado en forma independiente.[17]

Las limitaciones aplicables a las empresas conjuntas se efectivizan aun cuando una de las firmas participantes opere principalmente en mercados extranjeros.[18] Tales limitaciones se han extendido también a la formación de empresas en el exterior, cuando ella sea susceptible de tener efectos anticompetitivos sobre los mercados y el comercio exterior estadounidense.[19]

Los principios generales más usuales que las autoridades norteamericanas han aplicado a las alianzas estratégicas son los siguientes:

17 378 U.S. 158.84 S. Ct. 1710, 12 L. Ed. 775 (1994), citada por Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *op. cit.*, p. 636.

18 *Cfr.* United States v. Mobay Chemical Co., CCII Trade Cases, 1967 (W.D. Pa. 1967), *ibídem*, pp. 636 y 637.

19 *Cfr.* el caso Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 U.S. 593, 71 S. Ct. 259.95 L. Ed. 219 (1951), *ibídem*, p. 637.

a) Para analizar los efectos nocivos sobre la competencia que puede tener determinada alianza estratégica, lo primero que analizan las mismas es la estructura del mercado en cuestión y la naturaleza de las restricciones. La Ley no exige justificaciones para que sean válidas las restricciones, a menos que la empresa conjunta goce de poder de mercado o que la restricción suponga una afectación sensible de la competencia. Restricciones en cuanto a la fijación de precios son claramente sospechosas, pero restricciones en cuanto a la publicidad han sido vistas con malos ojos por la Federal Trade Comission (FTC).

Si existe poder de mercado o las restricciones son sospechosas, el lógico primer paso es identificar los fines empresariales o de negocios que las restricciones pueden tener, para ver si pueden tener efectos procompetitivos. En segundo lugar se debe examinar si la restricción es necesaria para conseguir el objetivo y si el objetivo puede razonablemente ser alcanzado por otros medios significativamente preferenciales desde un punto de vista competitivo. Si la restricción es la mejor forma de conseguir el objetivo, hay que ver en tercer lugar si la autoridad exige la aportación de una solución alternativa, sobre la que haya preferencia por tener menos efectos anticompetitivos y examinará nuevamente si los beneficios de la restricción justifican el riesgo corrido con la restricción.

b) Dependiendo del tipo de restricción a la competencia, se debe tomar en cuenta:

b.1) Restricciones en cuanto a los precios son vistas con natural suspicacia por la legislación antitrust. Si la empresa conjunta debe fijar los precios, lo más seguro es permitir a los miembros de la asociación negociar acuerdos separados fuera del mecanismo de precios fijado en el joint venture.

b.2) Las restricciones a la competencia en relación a la empresa conjunta, más fáciles de justificar que las restricciones a los precios, deben establecerse después de haber analizado otras alternativas, incluyendo mecanismos de compensación de las restricciones a la competencia. Si los fines empresariales no pueden legítimamente ser justificados a través de los mecanismos de compensación, deberá considerarse la utilización de limitaciones en el tiempo y en el espacio a las restricciones.

b.3) Las restricciones a las sociedades miembro de la empresa conjunta son muy vulnerables al cambio cuando el joint venture es un activo esencial para la realización de las actividades de la empresa conjunta o las empresas miembro[20]

b.4) Las alianzas entre pequeñas empresas, o con el fin de llegar a competir con las más grandes, no son sancionadas por la legislación antitrust, por no afectar significativamente la competencia no tender el mono-polio.[21]

La jurisprudencia norteamericana también varía la evaluación de las *joint ventures*, de acuerdo al tipo de alianza estratégica de que se trate, siendo en unos casos más estricta, y menos en otros. Por ejemplo, los acuerdos de investigación y desarrollo suelen ser aprobados sin mucha dificultad, mientras que los acuerdos de distribución exclusiva son vistos con un poco más de recelo.

Acuerdos de investigación y desarrollo: Los acuerdos de investigación y desarrollo fueron enjuiciados en el caso Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.[22] El demandante, un fabricante de cámaras, imputó, entre otras cosas, conspiraciones para restringir el comercio de acuerdo al artículo 1 de la Sherman Act en el desarrollo de un nuevo flash para uso de cámaras Kodak (Kodak estaba desarrollando un nuevo flash con Sylvana Electric y posteriormente con General Electric, para asegurar la compatibilidad entre las cámaras Kodak y el nuevo flash. Kodak hizo que Sylvana Electric primero, y General Electric después mantuviesen en secreto la fabricación del flash diseñado hasta que hubiese sido desarrollada e introducida la nueva línea de cámaras de Kodak. En total, Kodak pro-

20 KATTAN, Joseph y BALTO, David A., *Analyzing Joint Ventures Ancillary Reistrants, Antitrust*, Verano 1993, Vol. 8, núm. 1, p. 17.

21 NEALE, A.D. y GOYDER, A.D., *The Antitrust Laws of the United States of America*, Cambridge University Press, 3a. edición, Baltimore, Estados Unidos, 1980, p. 182.

22 *Cfr.* Berkey Photo v. Eastman Co., 603 F. 2d 263, 302 (2d C 1979), en Competition Policy and Ventures. Organisation for Economic Cooperation and Development, París, 1986, p. 59 y 60.

dujo el retraso en la comercialización del flash por un periodo de siete años.)

El jurado que conoció del asunto lo consideró restricciones irrazonables contrarias a la Sección 1 de la Sherman Act. La Corte de Apelaciones sostuvo que joint ventures con empresas monopólicas deben ser revisadas con suma cautela, puesto que pueden producir con mucha facilidad barreras a la entrada. Negó la prohibición por ser del acuerdo, y estableció que en este tipo de joint ventures la rule of reason debía considerar el tamaño de los mercados respectivos, las contribuciones de cada parte a la empresa de participación mancomunada y los beneficios que la misma obtenía, la posibilidad de que ambas partes pudiesen realizar el acuerdo ante la ausencia de la aventura conjunta, las restricciones impuestas, así como la razonabilidad y la relación de las mismas con el propósito de la agrupación.

La guía de la División Antitrust de 1980 estableció que las restricciones a la competencia en los convenios de investigación y desarrollo serían válidos si son limitados en el tiempo, son esenciales para lograr el propósito del acuerdo y son limitados en acuerdo a su campo.[23]

Joint ventures relativas a manufactura y producción: La FTC en sus decisiones sobre casos más sobresalientes al respecto, suele aprobar los acuerdos, si bien sujetándolos a algunas restricciones o condicionándolos, al considerar que las posibilidades de una conclusión entre las partes es más riesgosa en este tipo de acuerdos que en los de investigación y desarrollo, así como el intercambio de información y la integración entre las mismas aumenta.

Los criterios analizados para autorizar, condicionar o prohibir este tipo de acuerdos suelen ser el poder de las firmas dentro del mercado, las barreras a la entrada en relación al capital, tecnología y distribución, así como el grado de concentración del mercado.

23 *Ibidem*, p. 160.

Así fueron aprobadas de manera condicionada una alianza entre Yamaha y Brunswick para producir y distribuir motores fabricados en Japón, así como otra unión similar entre General Motor y Toyota.[24]

Agrupaciones de compra y venta en común: El asunto más importante al respecto ha sido el caso Topco Associates.[25]

Esta decisión muestra la evolución de la jurisprudencia americana hacia este tipo de acuerdos. Esta evolución muestra el movimiento a la no aplicación de la prohibición pese a una aplicación de la rule of reason cuando los efectos de este tipo de acuerdos pueden ser procompetitivos y mejorar la eficiencia de las empresas. Topco, una empresa cooperativa formada en los 40s por un grupo de pequeños empresarios para comprar bienes en común, a fin de lograr mejores condiciones de precio y venta, y para competir con los grandes establecimientos, fue aprobada, pese a que contenía algunas restricciones territoriales en cuanto a la venta o compra de los productos y permitía a los socios vetar la admisión de nuevos miembros en su territorio.[26]

4. Las alianzas estratégicas en la Unión Europea

Conforme a la jurisprudencia desarrollada antes de la expedición del Reglamento de control de concentraciones 4064/89, las empresas conjuntas pueden resultar ilícitas tanto en virtud de configurar una conducta anticompetitiva comprendida en el primero de esos artículos, como de constituir un abuso de posición dominante, prohibido por el art. 86 TCEE. La aplicación de estas normas dependen del tipo de concentración de que se trate. Si las empresas particulares destinan la totalidad de sus activos a la inversión conjunta pasando a ser meras sociedades controlantes de ésta, pierden su independencia, resultando por tanto inaplicables, conforme a la Comisión Europea, el art. 85

24 *Ibidem, p. 64.*
25 United States v. Topco Associates, 405 U.S. 596 (1971). *Ibidem*. pp. 76 y 77.
26 *Ibidem.*

TCEE, el cual requeriría, conforme a dicho organismo, una pluralidad de partes que mantengan su existencia económica separada. Si, por el contrario, la empresa conjunta supone únicamente la utilización de una parte de los activos de las firmas participantes, tal artículo sí resulta aplicable.[27]

El enfoque seguido por la jurisprudencia europea difiere sensiblemente del adoptado por la legislación estadounidense, aunque en general, las alianzas estratégicas son vistas con recelo por las autoridades comunitarias cuando tienden a la concentración del poder económico.[28]

En el caso SHV-Chevron[29] se trataba de la formación de un conjunto de empresas destinadas a la distribución de productos petrolíferos, en las que participaban una sociedad holandesa, con actividades relativamente diversificadas, y una firma norteamericana, dedicada fundamentalmente a la producción y distribución de petróleo. La inversión conjunta llevaba a la eliminación de la firma holandesa del sector de distribución de productos petrolíferos, limitando asimismo las actividades de su socia estadounidense que pudieran competir con las emprendidas por la nueva cadena de distribución. La Comisión Europea consideró que la empresa conjunta suponía una verdadera concentración entre las firmas participantes y sus subsidiarias comunes, en materia de distribución de los productos involucrados, lo cual excluía tal emprendimiento del marco del art. 85 TCEE.

Asimismo, dado que las empresas participantes no contaban con una posición dominante en el mercado afectado por la inversión conjunta, se consideró también inaplicable el art. 86 del mismo Tratado. Resulta así que una empresa conjunta resulta excluida si las prohibiciones previstas en la legislación comunitaria, si supone una concentración relativamente estable, aunque parcial, entre las firmas participantes, y si la mag-

27 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *op. cit.*, p. 637.

28 BAYLOS CARROZA, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal*, Editorial Cívitas, Madrid. 1978, p. 282.

29 *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (en adelante JOCE), 1975, L. 38/14, *ibídem*, p. 638.

nitud de tal concentración, en relación con la oferta existente en el mercado relevante, no supone lesionar significativamente la competencia. Frente a los criterios desarrollados por la jurisprudencia estadounidense en esta materia, puede afirmarse que una empresa conjunta del tipo evaluado en el caso SHV-Chevron, precedentemente citado, caería bajo la prohibición dispuesta por el art. 7 de la Ley Clayton, pues supone no sólo alterar una posible competencia potencial, sino eliminar en forma expresa la concurrencia ya existente entre los participantes en la citada empresa.

En los casos en que una inversión conjunta resulta incluida en el art. 85 TCEE, por no existir las causales de exclusión antes mencionadas, la Comisión Europea ha aplicado en repetidas oportunidades el inciso 3 del mencionado artículo, a fin de convalidar esa forma de asociación en virtud de sus efectos positivos sobre el progreso técnico y económico. Así, en el caso Vacuum Interrupters[30], una empresa conjunta entre dos firmas dedicadas a la fabricación de equipos eléctricos pesados, dirigida a producir un nuevo tipo de interruptores, fue considerada en principio, como anticompetitiva frente al inciso I del art. 85, dado que implicaría que, respecto de ese tipo de equipos, las firmas participantes no competirían entre sí. No obstante, la cooperación empresarial en cuestión fue aprobada, como favorable a los propósitos contemplados en el inciso 3 del art. 85 del Tratado de Roma, pues la Comisión consideró que las firmas participantes no hubieran podido desarrollar los interruptores especiales en forma separada, debido a las dificultades técnicas y costos involucrados.

En el caso De Laval-Storl,[31] la inversión conjunta tenía lugar entre una empresa holandesa que suministraba parte de sus instalaciones, y una firma estadounidense que contribuía con conocimientos técnicos, a fin de producir turbinas y compresores de gran capacidad. Esta forma de asociación fue considerada anticompetitiva, por limitar el número de oferentes respecto de tales equipos. Sin embargo, se la calificó como líci-

30 JOCE, 1977, L. 48/32, *ibídem*, p. 639.

31 JOCE, 1977, L. 215/11 *ibídem*.

ta, ante el criterio de justificación previsto en el inciso 3 mencionado, debido a que permitía un mayor flujo de conocimientos al mercado Común Europeo y evitaba la duplicación antieconómica de capacidad instalada. Resulta interesante observar que, tal como en otros casos de exenciones otorgadas bajo esa fracción, la autorización concedida estaba subordinada a diversas condiciones impuestas a las firmas participantes en relación a la empresa conjunta, particularmente en relación con la duración de las licencias otorgadas en favor de la subsidiaria formada por las firmas participantes, y con la limitación de su carácter exclusivo en ciertos supuestos, a fin de permitir la utilización de tecnología transferida cuando la subsidiaria no pudiera atender los pedidos que se le formulaban.

Otros dos casos de inversiones conjuntas aprobadas conforme a la multicitada fracción 3, se relacionaban con empresas formadas a fin de actuar en el sector nuclear.[32] La existencia de ventajas tecnológicas de importancia, a ser derivadas de la asociación de las participantes ha sido, en general, uno de los principales elementos tenidos en cuenta por la Comisión en esta materia.

Una acción conjunta dirigida a la fabricación de productos de penicilina, por el contrario, fue considerada contraria al art. 85 TCEE y no susceptible de justificación bajo el inciso 3 del citado artículo.[33] La Comisión estableció que la cooperación en materia de productos relativamente básicos llevaría también a la cooperación respecto de artículos fabricados en base a aquéllos y en relación con los productos finales, sectores en los que las empresas participantes de la inversión conjunta contaban con un sustancial poder de mercado. Como consecuencia de esta decisión, las citadas empresas reestructuraron su programa de cooperación sustituyéndolo por contratos de suministro, de larga duración, los que fueron considerados válidos, frente a las criterios incluidos en el inciso 3.[34]

32 *Cfr.* los casos KEWA, JOCE, 1976, L. 51/15 y GEC/Weir Sodium Circulators, JOCE, 1977, L. 32/36, *ibídem*. p. 640.

33 *Cfr.* el caso Bayer/Gist-Brocades, JOCE, 1976, L. 30/13, ibídem.

34 *Ibídem*.

Los tipos de alianza estratégicas analizados con mayor detalle por la legislación comunitaria europea son los siguientes:

Empresas de venta conjunta: Las consecuencias anticompetitivas de la coordinación de las ventas de dos o más empresas independientes mediante un joint venture de ventas son tales que dichas joint venture se consideran como una infracción a las disposiciones del art. 85.1 y tienen pocas probabilidades de obtener la exención que concede el art. 85.3 (excepto que se trate de empresas con poca participación en el mercado).

Empresas de producción conjunta: La Comisión examina caso por caso, cada uno de los acuerdos de joint venture. (...) En 1968 (Caso Vacuum Interrupters), dos empresas británicas crearon una joint venture, la Vacuum Interrupters Limited, para desarrollar, fabricar y vender un nuevo modelo de conmutador. Las empresas madre acordaron expresamente no competir con la Vacuum Interrupters Limited en relación con las actividades que le eran propias.

Después de la adhesión del Reino Unido a la CEE. la Comisión examinó el acuerdo y dictaminó que caía en el ámbito de aplicación del art. 85.1. En su decisión, la Comisión estableció: "Se producirá una restricción a la competencia cuando dos empresas que son fabricantes en potencia y que operan en el mercado común fusionen sus actividades en el campo de la investigación, desarrollo, fabricación y venta mediante la creación de una joint venture, para un determinado producto, en tales condiciones que se priven a sí mismas de la posibilidad de desarrollar y vender su producto independientemente y en competencia entre sí."

Sin embargo, a la luz de las ventajas demostradas y del parecer de la Comisión, según la cual, en este caso, la cláusula era indispensable para la obtención de ventajas potenciales, esta última concedió la exención al amparo del art. 85.3.

Acuerdos de especialización: Uno de los medios por los que una empresa puede aumentar su capacidad, producción y escala que suponen los sistemas de producción a gran escala, con-

siste en celebrar acuerdos de especialización con otras empresas que se dediquen a actividades complementarias de fabricación. En virtud de tales acuerdos, cada empresa se compromete a especializarse en determinados campos de actividad. El problema de normativa de competencia que se plantea en relación con estos acuerdos se debe a la restricción implícita o incluso explícita, que contienen: las partes contratantes no competirán con las partes adjudicadas a la otra parte. A pesar de estas restricciones a la competencia, numerosos acuerdos de especialización pueden reunir las ventajas requeridas por el art. 85.3 para la concesión de una exención individual.

La comisión sigue una arraigada política de fomento de la especialización y cooperación, especialmente entre las PYMES. En 1968 publicó una comunicación sobre los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativos a la cooperación entre empresas, en las que establece:

"La Comisión considera favorablemente la cooperación entre pequeñas y medianas empresas en la medida en que se pone a estas últimas en condiciones de trabajar en forma más racional y de aumentar su productividad y su competitividad en un mercado ampliado. Al tiempo que la Comisión estima que su tarea es facilitar, en concreto, la cooperación entre pequeñas y medianas empresas, reconoce asimismo que la cooperación entre las grandes empresas puede ser económicamente deseable sin provocar objeciones desde el punto de vista de la política de competencia."

Por lo tanto, la actitud favorable de la Comisión de cara a la cooperación entre empresas no se limita a la cooperación entre las PYMES, puesto que también examinará minuciosamente todos los acuerdos de especialización y otros tipos de cooperación concluidos entre las empresas grandes.

La decisión de la Comisión en el asunto Bayer/Gist Brocades, referente a dos importantes multinacionales, constituye un buen ejemplo de la aparente preferencia de la Comisión por los acuerdos de especialización frente a otras formas de cooperación entre empresas. En su decisión, la Comisión se negó a conceder la exención de una joint venture entre ambas partes,

pero logró la exención cuando las partes propusieron un acuerdo de especialización.

Bayer y Gist-Brocades producían ambas penicilina y un derivado de la misma, el 6APA. Debido al crecimiento del mercado europeo de penicilina y sus derivados, estas empresas deseaban expandir su capacidad de producción y en un primer momento, propusieron crear un joint venture para producir tanto penicilina como 6APA. La Comisión se opuso, dado que hubiera acarreado una reducción del número de fuentes de abastecimiento de ambos productos. Sin embargo, la Comisión concedió una exención al acuerdo de especialización entre las partes, en virtud de la cual Bayer se comprometió a construir una planta para fabricar el 6APA para ambas empresas, y Gist Brocades una planta productora de penicilina para ambas empresas. La Comisión vió con mejores ojos este acuerdo de especialización que la propuesta joint venture, ya que significaba que tanto Bayer como Gist Brocades continuarían fabricando y vendiendo ambos productos.

Exención por categorías para determinado acuerdo de especialización: Después de la comunicación de la Comisión acerca de los acuerdos de cooperación de 1968, ésta aprobó el Reglamento 2779/72, que otorga una exención por categoría a determinadas categorías de acuerdos de especialización (El Reglamento 2779/72, fue ampliado y enmendado por los reglamentos 2903/77, 3604/82 y 417/85).

Los considerandos del reglamento 417/85 confirman el parecer de la Comisión estableciendo que:

3). Considerando que los acuerdos de especialización de la producción contribuyen en general a mejorar la producción o la distribución de los productos, dado que las empresas pueden concentrar sus actividades en la fabricación de determinados productos, trabajar así de forma más racional y ofrecer los productos a precios más ventajosos; que cabe esperar, dado el juego de una competencia efectiva, que los usuarios se beneficien equitativamente de las ventajas resultantes.

El artículo 1 otorga la exención por categoría a acuerdos por los que las empresas se comprometen de forma recíproca:

a) bien a no fabricar por sí mismas ni hacer fabricar determinados productos y a dejar a sus contratantes la fabricación o hacer fabricar estos productos;

b) bien a no fabricar ni hacer fabricar determinados productos más en común.

El artículo 2 permite a las partes acordar suministrarse los productos mutuamente, mantener niveles de calidad mínimos, mantener almacenamientos de cantidades mínimas y prestar servicios al cliente y de garantía.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en virtud del art. 3, la exención por categoría se aplicará solamente cuando:

a) los productos objeto del contrato de especialización no representen más del 20% del mercado de tales productos en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, y

b) el volumen total de los negocios realizados por las empresas participantes en conjunto no sobrepase cierta cantidad de ECUS.

El artículo 4 incluye el llamado "procedimiento de oposición".

Joint ventures de investigación y desarrollo: Hay una categoría de joint venture perfectamente definida que ha sido objeto de consideración detallada a la luz de la normativa de la competencia, se trata de las *joint ventures* concluidas entre dos o más empresas con fines de investigación y desarrollo de nuevos productos. El costo, complejidad y riesgo crecientes de la investigación y desarrollo están rebasando la capacidad incluso de las empresas más importantes. Esta investigación y desarrollo es además vital para el desarrollo de nuevos productos seguros, adecuadamente comprobados y técnicamente complejos para la innovación y para la salud general y la competitividad de la economía europea frente a la creciente competencia de los Estados Unidos y Japón.

A fin de repartir tanto el costo como los riesgos de la investigación y desarrollo, así como aunar ideas, las empresas intentan cada vez más concluir acuerdos con otras empresas que tengan objetivos similares y realicen actividades complementarias a fin de compartir riesgos de investigación y desarrollo. Por lo general, estos acuerdos entrañan ciertas restricciones a

la competencia; sin embargo, la Comisión, en sus decisiones de concesión de exenciones individuales, ha reconocido las ventajas que pueden desprenderse de estos acuerdos de investigación y desarrollo, así como su importancia para estimular la innovación y los avances económicos.

La comunicación de la Comisión de 1968 relativa a los acuerdos de cooperación establece el punto de vista de la Comisión según el cual los acuerdos de *joint venture*, cuyo único objetivo sea la investigación y desarrollo hasta la fase de aplicación industrial, no restringen por lo general el libre juego de la competencia.

Exención por categoría para determinados joint ventures de investigación y desarrollo: Considerando la importancia de las joint venture de investigación y desarrollo y el hecho de que constituyen una categoría relativamente bien definida de acuerdos que normalmente incluyen disposiciones similares, la Comisión sintió la necesidad de elaborar un Reglamento de exención por categoría para determinados tipos de joint ventures de investigación y desarrollo (Reglamento 418/85). Los considerandos del Reglamento 418/85 se refieren a las ventajas que pueden desprenderse de los joint ventures de investigación y desarrollo, y establecen lo siguiente:

4) (...) "Considerando que la cooperación en materia de investigación y desarrollo y de explotación en común de los resultados contribuye en general a promocionar el progreso técnico y económico, difundiendo más ampliamente los conocimientos técnicos entre las partes, evitando las duplicidades en los trabajos de investigación y desarrollo, estimulando los nuevos progresos gracias al intercambio de conocimientos complementarios y permitiendo una mejor racionalización en la fabricación de los productos o en la utilización de los procedimientos derivados de la investigación; (...)".

El Reglamento es sumamente complejo y contiene numerosas definiciones técnicas. Su estructura es parecida a los demás reglamentos de la Comisión de exención por categoría. Las disposiciones básicas se recogen en los primeros seis artículos que definen su ámbito de aplicación (artículo 1) Las

condiciones de su aplicación (artículos 2 y 3), las restricciones a la competencia que pueden incluirse en el acuerdo pero que resultarían exentas según el reglamento (artículo 4), las obligaciones que por lo general no se consideran restricciones a la competencia (artículo 5), y las disposiciones cuya inclusión en un acuerdo de investigación y desarrollo excluyen al acuerdo del ámbito de aplicación del reglamento (artículo 6). Finalmente, el artículo 7 incluye un llamado procedimiento de oposición.

El artículo 1 establece que el artículo 85.1 del Tratado no se aplicará a los acuerdos concluidos entre dos o más empresas que tengan por objetivo:

a) la investigación y desarrollo en común de productos o procedimientos, así como la explotación en común de resultados, o

b) la explotación en común de los resultados obtenidos en la investigación y desarrollo de productos o de procedimientos, efectuadas en común en virtud de un acuerdo ratificado anteriormente por la misma empresa, o

c) la investigación y desarrollo en común de productos o procedimientos, con exclusión de la explotación en común de sus resultados, en la medida en que queden sometidos bajo la prohibición del apartado I del artículo 85.

Sin embargo, se concede únicamente la exención si se cumplen las condiciones fijadas por los artículos 2 y 3. Estas incluyen, inter alia, la exigencia que el trabajo de investigación y desarrollo esté definido en un programa. Cuando las partes no sean fabricantes competidores en el momento de ratificarse el acuerdo, la exención sólo se aplicará durante un periodo de ejecución del programa de investigación y desarrollo, y en caso de explotación de los resultados, durante un periodo de cinco años a contar a la fecha de la primera comercialización de los productos considerados en el contrato en el interior del mercado común. Cuando sean al menos dos de las partes fabricantes competidoras, la exención no se aplicará si, en el momento de ratificarse el acuerdo, la participación de las partes en el mercado supera el 20%.[35]

35 PICKARD, Stephen, *Iniciación a la política de competencia de la Comunidad Económica Europea*, Editorial Cívitas, Madrid, 1986, pp. 120 a 130.

5. LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA MEXICANA

Las alianzas estratégicas no están expresamente incluidas como tales dentro de la reciente LFCE. Sin embargo, muchas de las consideraciones vertidas acerca de su inclusión en el derecho de la competencia estadounidense y comunitario pueden hacerse extensivas al derecho mexicano, para completar la laguna existente en nuestro derecho al respecto, motivado también por los pocos pronunciamientos al respecto del órgano mexicano de la competencia, la Comisión Federal de Competencia.

Las alianzas estratégicas, en sí mismas consideradas, no pueden incluirse ni como prácticas monopólicas absolutas ni relativas (arts. 9 y 10 LFCE). Sin embargo, los efectos que las mismas puedan tener sobre el mercado (lo cual dependerá de los términos en que se convenga la alianza) sí pueden tener efectos anticompetitivos, si por virtud de las alianzas se incurre en alguna de las prácticas monopólicas prohibidas por la Ley, como serían la fijación de precios o el reparto de mercados, conductas prohibidas por las fracciones I y III del art. 9, y I y II del art. 10 LFCE.

Debido a que las alianzas pueden asumir sinnúmero de modalidades en cuanto a los términos de su negociación, los efectos que las mismas pueden tener sobre el mercado admitirá gran variedad de conductas anticompetitivas, que no pueden analizarse caso por caso en el presente trabajo, por no ser el objeto del mismo el análisis de todas las cláusulas contractuales que pueden incorporarse en una agrupación de empresas, sino los problemas que conllevan las alianzas en sí mismas, consideradas como tales, es decir, como alianzas estratégicas, al margen de las condiciones particulares que adquieran algunas de ellas.

Por lo anterior, para conocer los efectos sobre la competencia de las alianzas consideradas en sí mismas, de acuerdo a la definición tomada en cuenta en el capítulo II de esta investigación, debemos acudir a un concepto distinto dentro de la LFCE al de las prácticas monopólicas para analizar los efectos per-

turbadores de la libre concurrencia de una alianza estratégica: nos estamos refiriendo a las concentraciones.

El artículo 16 LFCE define a las concentraciones como "La fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos".

El tema de las concentraciones no fue considerado por el legislador de la Ley Orgánica del artículo 28, en virtud de que estrictamente se trata de un tema que no está incluido directamente en el texto del artículo 28 constitucional. Sin embargo, nos parece evidente que una correcta interpretación del espíritu del precepto constitucional en cuestión, no podía pasar por alto la existencia de un fenómeno tan importante y que eventualmente puede influir enormemente en la economía nacional, como es el de las concentraciones.(...)

Para que las concentraciones puedan ser objeto de impugnación y sanción por parte de la autoridad administrativa (la Comisión), se requiere que su objeto o efecto sea "disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia: respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados."

No toda concentración (y por ende, no toda alianza estratégica), puede considerarse como violatoria de la ley y acreedora a las sanciones que la misma previene. Algunos indicios, sin embargo, deben guiar el criterio de las autoridades para justificar que se lleve a cabo una investigación sobre la existencia de concentraciones y, eventualmente, violaciones a la ley. Estos son los criterios establecidos por el artículo 17 de la ley, que establece:

I. Que el acto o tentativa de concentración confiera o pueda conferir al fusionante, la adquiriente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o de restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

II. Que el acto o tentativa de concentración tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedir el acceso al mercado relevante.

III. Que el acto o tentativa de concentración tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de la ley."

En materia de concentraciones, la Comisión queda facultada para sujetar la concentración, cuando se dan los efectos anteriores, al cumplimiento de las condiciones que la propia Comisión establezca y ordenar la desconcentración parcial o total, así como la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda[36]

Una alianza estratégica entra perfectamente dentro de la definición de concentraciones que hace la LFCE en su artículo 16, puesto que siempre implica o una adquisición de control (si la alianza tiene por objeto la toma de control de determinada empresa) o cuando menos, y más frecuentemente, un acto (el acto por el cual se materializa la alianza), por el que se concentran sociedades (las sociedades parte de la alianza), asociaciones, partes sociales (si alguno o los dos agentes integrantes de la alianza son sociedades de responsabilidad limitada), acciones, fideicomisos (si se afectan en fideicomiso los activos sobre los cuales va a recaer la agrupación de empresas) o activos en general (las alianzas pueden recaer sobre gran variedad de activos; marcas, tecnología, instalaciones productivas, etc.) entre competidores (las alianzas frecuentemente se realizan entre competidores), proveedores (piénsese en el caso estudiado de los consorcios), clientes (para exigir mejores condiciones de compra, una asociación de compradores) o agentes económicos (las partes en una alianza estratégica son siempre agentes económicos a los efectos de la LFCE).

Ahora bien, para que la alianza sea impugnable se requiere que la misma tenga efectos anticompetitivos, de acuerdo a los

36 PATIÑO MANFER, Ruperto, *Breves comentarios acerca de la Ley Federal de Competencia Económica*, Revista Ars Iuris, número 10, México, 1993, pp. 300 y 301.

indicios que preveé el artículo 17, y a los efectos que menciona el artículo 16, ambos de la LFCE.

Los efectos restrictivos sobre la competencia de las agrupaciones de empresas depende, en buena medida, del tipo de alianza de que se trate, como ya se ha examinado según el objeto que persiga la alianza. Una alianza de investigación y desarrollo suele tener menos efectos anticompetitivos que una agrupación entre competidores con poder sustancial en el mercado relevante.

En general, pueden considerarse como vistas con buenos ojos por el derecho de la competencia, las alianzas que: a/ busquen una mayor eficiencia competitiva de las pequeñas y medianas empresas que pretenden acceder en mejores condiciones a mercados controlados por las grandes empresas; b/ respuestas a presiones gubernamentales que consideran negativa una excesiva atomización de ciertos mercados (habitual en el mercado financiero); c/ la absorción por grandes empresas de otras más pequeñas con graves dificultades financieras o con serios atrasos tecnológicos; d/ las fusiones parciales de sectores (comercialización generalmente) de las empresas para responder a la reducción del mercado y/o a la reducción de protecciones gubernamentales que oblian a mayor competitividad.[37]

Los casos anteriores de justificación de las alianzas interempresariales justifican en gran medida, no sólo la existencia, sino el fomento de este tipo de concentraciones, máxime si tomamos en cuenta la relativamente reciente firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y el hecho de que las empresas extranjeras buscan asentamientos que, actuando en forma de cabezas de puente, le permitan comenzar nuevos mercados; por otro lado, las empresas mexicanas deben conseguir mayor competitividad ante el reto que representa la perspectiva de un mercado único en América del Norte.[38]

37 PÉREZ MIRANDA, Rafael, *Propiedad Industrial y Competencia en México*, Editorial Porrúa, México, 1994, pp. 217 y 218.

38 GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. Javier, *La fusión en la Ley de Sociedades Anónimas en las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Trivium Editorial, 3a. edición, Madrid, 1990, p. 784.

Otro requisito importante es que la agrupación de empresas tenga un potencial económico importante, como para poder efectar la libre concurrencia[39] lo cual no se suele dar cuando los agente económicos involucrados no se encuentren dentro de los umbrales del artículo 20 LFCE, que obliga a la notificación previa de aquellas concentraciones que sobrepasan cierto nivel de volumen de ventas o de concentración de activos.

Sobre el tipo de alianza, La Comisión ha expuesto pocos criterios que permitan servir de orientación para analizar los efectos pro o anticompetitivos que confluyen en una alianza estratégica.

En relación a los acuerdo estratégicos (que para estos efectos consideramos sinónimos de las alianzas estratégicas) y a convenios de investigación y desarrollo, la Comisión reconoce que los mismos son cada vez más frecuentes entre agentes económicos que interactúan tanto en mercados nacionales como internacionales. Dichos acuerdos y convenios responden a los intentos por parte de las empresas para proporcionar más y mejores productos y servicios, compartiendo riesgos y costos que de otra manera dificilmente podrían afrontar en forma individual. En general, la Comisión reconoce que dichos acuerdos y convenios son válidos. Sin embargo, cuando dichos acuerdos y convenios se realizan entre competidores, la Comisión vigila que su estructura no permita el intercambio de información para la fijación de precios o distribución de mercados.[40]

Las cláusulas contractuales que la Comisión ha condicionado o limitado son las cláusulas de no competir, por las cuales las partes pactan abstenerse de competir con la sociedad resultante de la alianza estratégica, o bien se obligan a no competir entre sí. La segunda de ellas seguramente sería inválida, por una restricción injustificada a la competencia y posiblemente, un reparto de mercados, sancionables por la fracción III del artículo 9 o por las fracciones I y IV del artículo 10 LFCE.

39 FRISCH PHILIPP, Walter, *Sociedad Anónima Mexicana*, Editorial Harla, México, 1994, p. 627.

40 Comisión Federal de Competencia, *Informe Anual*, 1993-94, p. 29.

En cambio, la cláusula de no competencia con la sociedad, es considerada válida por la Comisión siempre y cuando estén limitados en cuanto a las personas que queden obligadas, el ámbito espacial en el que rige la disposición, los productos o servicios a que se refiere, y el tiempo durante el que estará vigente la obligación. Estos últimos elementos se analizan caso por caso, considerando la estructura y competidores en cada uno de los mercados. La Comisión analiza con cuidado aquellas cláusulas de no competir que contienen una duración de más de cinco años, o cuyo objetivo es la transferencia de canales de distribución u otros elementos similares, pues este tipo de cláusulas pudieran encubrir o implicar restricciones a la competencia.[41]

En algunas alianzas estratégicas analizadas por la Comisión han sido aprobadas, cuando no ponen en peligro la competencia (Caso Promotora Musical, S.A. de C.V., con Sanborns Hermanos, S. A.) al existir otros agentes económicos competidores ni haber barreras a la entrada al mercado relevante, así como cuando son consecuencia de la estructura del mercado relevante, la apertura económica y la internacionalización (Caso Femsa Cerveza, S. A. de C. V., con John Labatt, LTD.).[42]

No se han encontrado, salvo las limitaciones a las cláusulas de no competencia, otros condicionamientos impuestos por la Comisión a los agentes económicos involucrados en una alianza estratégica.

41 *Ibídem.*

42 Comisión Federal de Competencia, *Informe Anual* 1994-95, pp. 31 a 33 (Caso Promotora Musical, S. A de C. V. con Sanborns Hermanos, S. A. y pp. 34 a 36, Caso Femsa Cerveza, S.A. de C.V. con Jonh Labatt, Ltd.).

PROPUESTA SOBRE LA VENTA DE HERENCIA EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Yuri González Roldán

Dedico la presente obra a la Escuela Libre de Derecho en su 85o aniversario, agradeciéndole la formación que me dio para entender la ciencia del derecho. También al profesor Jorge Adame Goddard (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), con el que descubrí mi vocación por el derecho romano. Agradezco las observaciones realizadas por los profesores Javier Paricio Serrano (Universidad Complutense de Madrid); Andreas Wacke (Universidad de Colonia) y Sandro Schipani (Universidad de Tor Vergata).

No tengo palabras para expresar todo mi agradecimiento a mi querido amigo Aldo Petrucci, quien dedicándome horas y horas para la discusión de textos pude llegar a presentar la presente obra. Tuvo confianza en que podría llegar a presentar una obra de alto nivel científico, por lo que espero que ahora que se cristalizó todo el esfuerzo que me dedicó, pueda responder aunque sea en pequeña medida agradeciéndole todo su apoyo.

Por último agradezco a la Universidad Complutense de Madrid, la Sapienza y al Centro de Estudios Latinoamericanos de la Univerisdad de Tor Vergata por permitirme la realización de mi investigación en sus centros. Y a mi padre el abogado Moisés Enrique González Pacheco que siempre me ayudó en todo momento para concluir mis estudios en Europa.

Sumario: I. *Introducción*. Capítulo 1. *Stipulationes y consensualidad en la compraventa de herencia*. Capítulo 2. *El objeto en la compraventa de herencia*. Capítulo 3. *La transmisión de la herencia*. Capítulo 4. *La calidad de heredero del vendedor y sus efectos jurídicos*. Capítulo 5. *Las obligaciones del comprador*. Capítulo 6. *La venta de herencia y la confusión hereditaria*. Capítulo 7. *La responsabilidad de las partes*. Capítulo 8. *La venta de herencia clásica, utilidades, derecho justiniano y relaciones con el sistema romanístico actual*. II. *Referencias*.

Introducción

El tema sobre el que hemos decidido realizar nuestra investigación tiene su orígen cuando todavía era estudiante de la Escuela Libre de Derecho (México); al realizar el servicio social entré en el Instituto de Investigaciones Jurídicas dedicándome en su momento a estudiar el libro XVIII del Digesto, haciendo una comparación con el código civil del Distrito Federal; el tema que me causó entusiasmo fue el referente al Título IV,

verdaderamente quedé sorprendido de la cantidad de problemas jurídicos que se planteaban sobre la venta de herencia, por lo que pensé que tales textos podrían identificar principios que pudiesen explicar la institución hoy en día.

El estudio de la *venditio hereditatis* corresponderá a un análisis exegético de las fuentes que se encuentran principalmente en el libro XVIII, título IV del Digesto, así como del Código libro IV, título XXXIX. La institución se centra en la materia contractual; no obstante, como el objeto del negocio es la herencia, tal hecho implicará que se toquen aspectos de derecho sucesorio. La autonomía negocial desempeña un papel relevante en nuestro argumento, centrándose la jurisprudencia romana principalmente en el problema de la interpretación del contrato en caso de que las partes no hubiesen establecido algo al respecto, situación por la que hemos decidido dividir la investigación en los aspectos que particularmente tienen relieve en torno a tales problemas.

Iniciaremos primeramente con el estudio de las relaciones existentes entre las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* y la consensualidad en la compraventa de herencia, porque no se puede comprender nuestro tema si no se afronta en un inicio la mencionada relación que hoy en día, según nuestra opinión, todavía la doctrina no ha dado una respuesta que pudiera llegar a satisfacernos.

El aspecto objetivo representa su característica típica, afrontándose los siguientes problemas: los presupuestos esenciales de la herencia para ser objeto de la venta; la posibilidad de realizarse una venta de esperanza de herencia; las consecuencias jurídicas de la venta de herencia ajena, los criterios para la determinación del monto de la herencia vendida y el papel que desempeña la libertad contractual de las partes en la determinación de tal.

Seguirá el examen de los aspectos referentes a la transmisión de herencia (cap. 3). Al respecto veremos si los bienes corporales se transmitían en bloque o en tantos negocios como bienes existiesen en la herencia, la utilización de la *in iure cessio hereditatis venditionis causa* y la problemática que ocasionaría tal empleo sobre todo al realizarse *ante aditionem;* la

función de la *mancipatio* y *traditio*, así como también las consecuencias jurídicas de la excepción de determinado bien en la transmisión. En lo referente a la transmisión de los derechos, veremos cuál fue la situación anterior y sucesiva a la reforma de Antonino Pío, así como su alcance en nuestra materia.

Además de la obligación fundamental del vendedor de transmitir la herencia, existen otras obligaciones específicas que se relacionan con la de garantizar la calidad de heredero, reflejándose en la producción de ciertos efectos jurídicos en cuanto al monto de la herencia, garantía por evicción y vicios ocultos (cap.4). La parte correspondiente a las obligaciones del comprador se centrará además del pago del precio, en responder por las pérdidas *ex hereditate* al vendedor; expresándose en diversos aspectos: la indemnización de lo que hubiere dado este último en razón de la herencia, los gastos funerarios, impuestos y deudas de la herencia, indemnización de lo prestado en razón de una condena judicial, la obligación de defensa judicial al vendedor. El aspecto referente a los efectos de la venta de herencia sobre la confusión hereditaria de obligaciones o derechos reales será analizado en otro capítulo (cap. 6), tratándose de explicar la causa por la que determinada obligación en una u otra parte de la relación jurídica puede hacerse de nuevo exigible una vez efectuada la extinción; o bien, por la que debe ser restablecida una servidumbre predial confundida. Una atención particular dedicaremos al perfil de la responsabilidad de las partes (cap.7), tratando de reconstruír el régimen respectivo con referencia a los criterios subjetivos de imputabilidad así como sus consecuencias.

Una vez estudiados todos estos puntos, en el cap. 8 nos detendremos en establecer algunos motivos para explicar la importancia que desempeñó la institución en la vida social romana y las utilidades de la misma; después de una rápida descripción de la disciplina justinianea, intentaremos al final de la investigación de relacionar los principios que se pueden identificar en las fuentes con el sistema romanístico actual, con la finalidad de indicar la *ratio* de sus normas y de llenar las lagunas que existen sobre la materia.

Este trabajo propone enfoques y perspectivas nuevas que serán desarrolladas a lo largo de la exposición, esperando que la presente aportación satisfaga las inquietudes de aquellos que se acercan al estudio de la institución.

Al final del estudio se agregará la traducción que realizamos sobre el libro XVIII, título IV del Digesto, así como del libro IV título XXXIX del Código. El motivo de tal traducción radica en la posibilidad de que los juristas y abogados puedan tener un instumento de consulta ya sea en el aspecto teórico como en el práctico sobre la materia, así como también el de tratar de difundir la inclinación por el estudio del derecho romano en la América Latina.

¿Podrá el estudio de la institución en sus orígenes ayudar a los juristas de hoy en día a entenderla y aplicarla en el aspecto práctico? ¿El silencio de los ordenamientos jurídicos sobre determinados puntos de la venta de herencia, como la evicción o el límite de responsabilidad de las partes podría ser resuelto a la luz de las argumentaciones de los juristas romanos? Las respuestas a tales interrogantes las dejo en sus manos después de la lectura de la presente obra.

Yuri González Roldán
Madrid-Roma-Ciudad de México.

LA *VENDITIO HEREDITATIS*

CAPÍTULO 1

STIPULATIONES Y CONSENSUALIDAD EN LA COMPRAVENTA DE HERENCIA

Venditionis hereditatis obligationes verbis sunt aut consensu? Quia ex stipulationibus et ex consensu fit, conabor statuere eius quaestionis resolutionem, notabo opiniones eruditorum modernorum de interpolationibus, quas in fragmentis examinatis sunt, studebo fontes iuridicas de diversarum stipulationum et contractus emptionis venditionis usu.

SUMARIO: I. *Líneas de nuestra investigación.* II. *Las stipulationes emptae et venditae hereditatis en las Instituciones de Gayo.* III. *Vestigios de las stipulationes emptae et venditae hereditatis en los textos clásicos fuera de las Instituciones Gayanas.* IV. *La posición de la doctrina sobre la función de las stipulationes emptae et venditae hereditatis.* V. *El papel del contrato consensual como fuente de las obligaciones del vendedor y del comprador de la herencia.* VI. *Relaciones entre stipulationes y contrato consensual en la venta de herencia. El ámbito de aplicación de la autonomia negocial de las partes.*

I. LÍNEAS DE NUESTRA INVESTIGACIÓN

En el presente capítulo, la materia de la investigación se centrará sobre las relaciones entre la compraventa consensual de herencia y las *stipulationes emptae et venditae hereditatis.* La doctrina antigüamente estaba orientada a considerar solamente las segundas como medio de perfeccionamiento del contrato durante todo el periodo clásico, considerando por tanto como interpolados los textos que se encuentran en el Digesto que hacen mención a las acciones correspondientes a la venta.[1] Con-

secuentemente la indicación del contrato consensual de compraventa de herencia sería fruto de los compiladores justinianeos que habrían seguido orientaciones postclásicas. Actualmente los estudiosos manifiestan la opinión de que los dos tipos eran usados en la época clásica, siendo objeto de discusión las relaciones entre ambos;[2] por lo que el objetivo que nos proponemos es el de asumir la problemática examinándola a la luz de las fuentes jurídicas para llegar a posibles conclusiones.

Nuestra exposición se desarrollará de la siguiente forma: examinaremos los textos que hacen referencia a las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* analizando primeramente el que se encuentra en las Instituciones de Gayo, interpretado paralelamente con los fragmentos de Autún y la Paráfrasis de Teófilo en virtud de que ambos dan informaciones preciosas sobre el contenido de tales *stipulationes*. Posteriormente procederemos a identificarlas y examinarlas a la luz de otros textos clásicos, manifestando la posición de la doctrina sobre su función. Determinaremos por último el papel del contrato consensual como fuente de obligaciones de las partes, tratando de explicar de esta manera las relaciones entre las *stipulationes* y la consensualidad.

II. Las stipulationes emptae et venditae hereditatis en las Instituciones de Gayo

Gayo, al tratar la posición del fideicomisario en el fideicomiso universal, hace mención en Inst. 2.252[3] de lo siguiente:

> *Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris.Tunc enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire; et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eaedem interponebantur inter heredem et eum cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus solvisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.*[4]

Gayo comenta al hacer referencia al fideicomisario universal que antigüamente no ocupaba el lugar del heredero ni del legatario, sino más bien el del comprador. Entonces en aquel momento se encontraba en uso que la persona a la cual la herencia le era "restituída" (fideicomisario), le fuese vendida por ejemplo a una moneda (*nummo uno)*, y aquellas estipulaciones que entre vendedor de la herencia y comprador suelen interponerse, se interpusieran entre heredero (fiduciario) y la persona a la cual se le "restituía" la herencia (fideicomisario), es decir en el siguiente modo: el heredero (fiduciario) se hacía estipular de la persona a la cual la herencia le era "restituída" (fideicomisario) que de cualquier cosa él hubiese pagado porque condenado a título hereditario, o hubiese dado de otro modo en buena fe, debía ser rembolsado (*indemnis esset)*, y del mismo modo si alguien ejercitaba una acción contra él a título hereditario, correctamente debía ser defendido; la persona que recibía la herencia, por el contrario, se hacía estipular que, si algo en base a la herencia llegaría al heredero debería restituírsela, y que también le permitiese de ejercitar las acciones hereditarias como *procurator* o *cognitor.*

Gayo hace referencia a la práctica que en materia de fideicomiso se aplicaba antes de la instauración del senadoconsulto Trebeliano (emanado bajo el imperio de Nerón: 54-68 d.C.), cuando el fideicomiso se ejecutaba mediante una compraventa de herencia ficticia. El fideicomisario, en vez de ocupar el lugar de heredero o legatario, tenía el carácter de comprador de la herencia, y el fiduciario el lugar de vendedor, utilizándose las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*.

Remitiendo la cuestión de como se realizaba la transmisión de la propiedad de los bienes de los que era constituída la *hereditas* al capítulo correspondiente a la transmisión de la he-

rencia,[5] concentremos en este momento nuestra atención sobre el contenido de tales *stipulationes.*

a). Con referencia a aquella que el vendedor o heredero fiduciario se hacía prometer del comprador o del fideicomisario, *(stipulatio venditae hereditatis),* el jurista señala lo siguiente: *ut quidquid hereditario nomine condemnatus solvisset, sive quid alias bona fides dedisset, eo nomine indemnis esset et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur.* Del texto no podemos saber con certeza si se trataba de una única *stipulatio* o de dos *stipulationes*;[6] no obstante, es claro que, mientras la presente estipulación o estipulaciones no se aplicaban ya al fideicomiso hereditario, dada la vigencia del senadoconsulto Trebeliano, su utilización era empleada todavía por el vendedor y comprador de la herencia. La primera parte de la *stipulatio* o la primera *stipulatio* decía "que cualquier cosa que él (entiéndase vendedor) hubiese pagado porque condenado a título hereditario, o cualquier cosa hubiese dado de otro modo en buena fe, en nombre de éstos debía ser reembolsado". Su finalidad era que el comprador se responsabilizaba de devolver al vendedor la suma que éste hubiera pagado en ejecución de una condena en razón de la herencia, *v.g.* a causa de acciones ejercitadas por acreedores hereditarios o legatarios y de reembolsarlo por las cosas dadas en buena fe.

La siguiente parte de la *stipulatio* o la otra *stipulatio* se expresa de la presente forma: "si alguien ejercitaba una acción contra él (entiéndase el vendedor) en razón de la herencia, él correctamente debía ser defendido." En efecto, la palabra latina *defenderetur* en este contexto puede ser entendida abstractamente de dos modos ambos jurídicamente posibles, reflexivo (podía defenderse) o pasivo (debía ser defendido). En el primer significado implicará, que si un acreedor llegase a exigir del vendedor una deuda hereditaria o un legado mediante acción, él mismo podría oponer una excepción manifestando la realización de la presente *stipulatio.* Aceptando el segundo significado resultaría que el vendedor, llamado en juicio por un tercero, podía en base a esta *stipulatio* exigir al comprador su intervención en el proceso, en caso contrario el resarcimiento de daños.

Sin embargo, la primera interpretación es difícilmente compartible, porque resultaría extraño que el vendedor se hiciera prometer del comprador su posibilidad de defenderse en juicio, puesto que, como veremos en el punto *b*), el mismo queda titular de las acciones hereditarias otorgando al comprador su actuación como *procurator* o *cognitor.* Por el contrario, la segunda interpretación se encuentra fundamentada no sólo en la lógica, sino también en otras fuentes jurídicas.[7] Dado que el comprador era el nuevo título del patrimonio hereditario, es normal pensar que éste se obligase a intervenir en un proceso surgido por causa de tal patrimonio, sosteniendo las argumentaciones del vendedor. Y de una defensa del vendedor asumida por el comprador en una *stipulatio,* hablan expresamente los comentarios a las Instituciones de Gayo: tanto en 2.69. de los *Fragmenta Interpretationis Gai Institutionum Augustodunensia,* cuyo texto es referido posteriormente, como la *Paraphrasis* de Teófilo 2.23.3. que dice: omologeiV...*defendeúein me (spondesne...me defendere).*[8]

b) El contenido de lo que el comprador se hacía prometer del vendedor de la herencia *(stipulatio emptae hereditatis),* es expresado por el texto gayano en examen en el siguiente modo: *ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.* El comprador de la herencia se hacía prometer con la presente *stipulatio* "que si algo en base a la herencia llegaría al vendedor, él debería restituírsela, y que también el mismo le permitiese que ejercitara las acciones hereditarias como *procurator* o *cognitor.*" También en el presente caso parece incierto si se trata de una o dos *stipulationes.* En base a ésta o éstas, el vendedor se encontraba obligado a transmitir al comprador todo lo que recibiese en razón de la herencia, por ejemplo si recibiese el pago de un crédito o un bien perteneciente a la misma del cual no tuviese conocimiento antes, sería responsable de la entrega al comprador. También tendría que permitir al comprador el ejercicio de las acciones hereditarias, de las cuales continua siendo titular, contra los deudores de la herencia como *procurator* o *cognitor,*[9] realizando prácticamente una cesión de tales.

Otras noticias relativas al contenido de las presentes *stipulationes emptae et venditae hereditatis* se encuentran en los textos II 68, 69 y 70 de los ya mencionados *Fragmenta Interpretationis Gai Institutionum Augustodunensia*[10] y en la *Paraphrasis* de Teófilo.

Mayor importancia al fin de nuestra investigación presenta la primera obra, puesto que, si bien su carácter de texto postclásico y su parcial corrupción, completa el cuadro explicado hasta el momento. Empezamos a analizar el texto 2.68. que dice lo siguiente:

> *Nam quando heres hereditatem deferre uolebat, generaliter, quia onera hereditaria apud eum manebant et actiones.....ut quidquid uenditor hereditario nomine soluerit bona fide .....di .....rit emptoris nomine .....t esset.....debet..... debeat sed distr.....se.....et stipulabatur quidquid uenditor test.....emptor ita: stipulor a te, interrogo te solemnibus uerbis spondes.....*quidquid hereditario nomine condemnatus *fueris uel bona fide solueris.....condemnatus fuero in iudicio bona fide soluero illis priuatim, iis semper de-.....atur.....manifestum esse debitum.....litigare.....d..... soluero.*

No obstante sus lagunas, tal texto es útil para dar luz al argumento tratado. Cuando el heredero quería transferir la herencia, puesto que las cargas hereditarias quedaban a él y las acciones según el anexo de Ferrini[11] *ei et in eum dabantur, ab emptore ita stipulabatur*- eran dadas a él y contra él, se hacía prometer del comprador la indemnización de cualquier cosa que hubiese pagado en buena fe a causa de la herencia. La expresión *indemnis esset* (o similar) falta en el texto de Autún; no obstante la reconstrucción que la incluye es bastante segura sobre la base del texto 2.252. de las Instituciones de Gayo.

Visto que la parte siguiente del texto es incompleta y de difícil lectura, Ferrini trató de reconstruir el sentido de la misma en este modo: *bona fide solvitur, cum ita videatur manifestum esse debitum, ut non expediat litigare, etsi privatim et non condemnatus in iudicio solvero. Ideo hoc dicitur, ne supponas venditorem hereditatis nonnisi per iudicem coactum debita hereditaria soluere oportere.*[12] (Es pagado en buena fe, resultando así manifiesto que es debido, de modo que no es conveniente litigar, también si privadamente y no porque condenado en juicio habré pagado. Por lo tanto, se dice esto a fin que tu no creas que el vendedor de la herencia sea obligado a pagar las deudas hereditarias a menos que constreñido por el juez). En realidad la reconstrucción de Ferrini no toma en consideración la parte del texto que mayormente interesa a nuestra investigación, donde se lee la existencia de la *stipulatio* o de las *stipulationes* del comprador frente al vendedor: *stipulabatur quidquid venditor test.....*(incompleta); donde se manifiestan algunas palabras de la interrogación del vendedor al comprador: *stipulor a te, interrogo te solemnibus verbis spondes...*, y de la correspondiente respuesta de éste último: *quidquid hereditario nomine condemnatus fueris vel bona fide solueris...condemnatus fuero in iudicio bona fide soluero illis privatim.* El parágrafo refiere parte del contenido de la mencionada *stipulatio* o *stipulationes* que dice: "Me hago prometer de tí, te pregunto con palabras solemnes tu prometes..." y "cualquier cosa de la que fuiste condenado a pagar a título hereditario o pagaste en buena fe...seré condenado en un juicio de buena fe <y> pagaré privadamente por éstas cosas". La primera parte de la *stipulatio* o *stipulationes* hasta *bona fide solueris* corresponde en la sustancia a lo que dicen las Instituciones de Gayo, con la sola diferencia de *bona fide soluere* en lugar de *bona fide dare,* que podría implicar una extensión de tal régimen jurídico a cualquier forma de cumplimiento, como sería el pago de una suma de dinero o un *facere.*

La novedad del Gayo de Autún es una clara referencia a la obligación del comprador de pagar la suma a la cual el vendedor habría sido condenado mediante un *iudicium bonae fidei.* Como el texto hace mención a la venta de herencia, es posible

que el juicio de buena fe al que se refiere sea el de compraventa. Este punto tendría gran relieve en la demostración de la postura que, aún existiendo las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, el fundamento del contrato de compraventa de herencia podría ser simplemente la consensualidad, y que por lo tanto serían aplicables al mismo tiempo o bien las acciones propias de la compraventa, o bien la acción de lo estipulado, como veremos más adelante en el presente capítulo.

Una vez tratado el texto anterior, pasemos a analizar *Frag. Aug*. 2.69. que dice:

> *Ideo hoc dicit,.....ne per iudicem supponas hoc.....modo... creditor.....dicat.....soluis hereditatis nomine....d condemnatus fuero uel.....reddi mihi spondes? stipulabatur et emptor hoc modo: si quis creditor hereditarius uelit contra me proponere actionem.....defensionem suscipere.....spondes?.....postea..... .....creditori ego soluam.....et postea agam contra te: suscipe defensionem in rem.....fueris. Aut r.....si uictus fueris.....sustineas.....non sequetur ut onera hereditaria.....*

La primera parte del texto no puede ser reconstruída completamente pero es probable la mención de una *stipulatio* con la cual una de las partes prometía rembolsar (*reddi mihi spondes)* "cuanto la otra parte hubiese sido condenada a pagar a título de la herencia".(*soluis hereditatis nomine <quidqui> d condemnatus fuero)*. Confrontando el texto con el de Gayo en Instituciones 2.252. podríamos pensar que es la misma *stipulatio venditae hereditatis*, (palabras más, palabras menos) *ut quidquid hereditario nomine condemnatus solvisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset,* que realizaba el comprador frente al vendedor y que también se trataba en el fragmento 2.68. Tal consideración es fundamentada en la semejanza de terminología de los conceptos jurídicos: la expresión *solvis hereditatis nomine...quidquid condemnatus fuero* puede considerarse correspondiente a *quidquid hereditario nomine condemnatus solvisset*; así como el término *eo nomine indemnis esset* puede bien pensarse que se manifieste en una estipulación cuyo contenido es *reddi mihi spondes.*

En la siguiente parte del texto hay una mayor claridad con referencia a una estipulación que decía *si quis creditor hereditarius velit contra me proponere actionem...defensionem suscipere...spondes?* (Si un acreedor hereditario quiere ejercitar una acción contra mi...¿prometes asumir la defensa?). Esta estipulación encuentra paralelo con la *venditae hereditatis* mencionada por Gayo en Instituciones 2.252 que se expresa de la siguiente forma: *si quis cum eo* (el vendedor) *hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur.* Tal paralelismo nos permite establecer de que ésta también era realizada por el comprador frente al vendedor; no obstante, las palabras del texto de Autún *stipulabatur et emptor hoc modo*, entendidas técnicamente, podrían hacer pensar en una *stipulatio* donde el comprador fuese el acreedor. Por otra parte, el empleo del verbo *stipulor* para indicar el negocio verbal también *ex parte debitoris* no es una particularidad de los *Fragmenta Augustodunensia* pues se encuentra ya en algunos textos jurídicos de época clásica.[13] Precisando que, en vista de una posible demanda de un acreedor de la herencia, el vendedor se hizo prometer del comprador la asunción de su defensa, los fragmentos de Autún confirman nuestra interpretación del correspondiente texto de las Instituciones gayanas ya tratado, que a través de tal *stipulatio* el vendedor obligaba al comprador a asistirlo en juicio.

La sucesiva parte del texto hasta el final del párrafo resulta lagunosa; el único punto entendible es el referente a la existencia de una acción de regreso que tiene el vendedor contra el comprador en caso de que haya pagado al acreedor hereditario: *postea...creditori ego solvam...et postea agam contra te.*

En el texto 2.70 se dice:

> *.....et e contrario fideicommissarius interrogabat heredem: quidquid hereditario nomine exegeris mihi dare spondes?..... .....hereditarios proponere actiones, facturum esse spondes? t....e .....rem in rem.....siue non ille exigat, sed mihi teneatur..... actio-*

nem cedere.....sed hae.....t....interponi inter heredem et fideicommissarium, ideo apud ueteres loco emptoris.....

El texto vuelve a examinar la relación entre fideicomisario y heredero; la parte que se puede reconstruir, refiere una *stipulatio* donde el fideicomisario interrogaba al heredero en el siguiente modo (*et e contrario fideicommissarius interrogabat heredem):* "prometes darme cualquier cosa que tú habrás exigido a título hereditario?" (*quidquid hereditario nomine exegeris mihi dare spondes?).* El contenido de tal *stipulatio* es conforme a lo que dice Gayo en Instituciones 2.252 de la *stipulatio emptae hereditatis*: *ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur,* con la siguiente diferencia: los fragmentos de Autún hablan de lo que el vendedor (o heredero) haya exigido por los deudores hereditarios, mientras las Instituciones hacen referencia a un contenido más general, en base al cual el vendedor era obligado a transmitir todo lo que le hubiese llegado de la herencia.

No es posible reconstruír con certeza la parte sucesiva del texto, pero de las palabras legibles se puede apreciar que se trata de otra *stipulatio* que regulaba la relación entre el fideicomisario y el heredero en el caso de ejercicio de acciones a título hereditario. En base a las palabras restantes (*hereditarios proponere actiones, facturum esse spondes*?) se puede considerar la hipótesis de que los acreedores hereditarios ejerciten estas acciones contra el fideicomisario o la hipótesis contraria en que este último ejercite tales acciones contra los acreedores hereditarios. Comparando tal fragmento con el texto de las Instituciones de Gayo podríamos considerar como mayormente convincente la segunda postura porque en tal texto se menciona como contenido de la *stipulatio* entre heredero y fideicomisario la autorización del primero al fideicomisario de ejercitar las acciones hereditarias como *procurator* o *cognitor.*

De lo que se puede observar en la frase sucesiva es digno de destacar la expresión *sed mihi teneatur...actionem cedere,* que indica seguramente según las primeras palabras una responsabilidad de un *debitor* hereditario frente al fideicomisario (*mihi teneatur),* mientras las palabras finales expresan una cesión de acción entre vendedor y comprador. Teniendo en consideración el contenido de la *stipulatio emptae hereditatis* inmediatamente precedente y el texto de Gayo en Instituciones 2.252 es verosímil la suposición de que esta frase que falta completase la primera en lo que respecta a que el heredero cediere la acción contra el deudor hereditario al fideicomisario como un representante.

La parte conclusiva del texto se puede reconstruír de este modo: *sed hae <solebant> <stipula>t<iones> interponi inter heredem et fideicommissarium, ideo apud veteres loco emptoris...* (estas estipulaciones se solían interponer entre heredero y fideicomisario, porque en los antiguos era en lugar del comprador); retomando lo que al final del 2.67. se dice et stipulationes interponebantur inter heredem et fideicommissarium, quae solent interponi inter venditorem et emptorem.

Limitada en su explicación es la Para*phrasis* de Teófilo, que en el presente punto, según la opinión común de la doctrina, retomaría una traducción griega de las Instituciones de Gayo.[14] Al respecto el texto 2.23.2. de tal obra dice con referencia a la *stipulatio emptae hereditatis*:

ὁμολογεῖς, ᾧ κληρόνομε, ἐὰν ἀπαιτήσης *hereditárion debítora* διδόναι μοι τοῦτο ἤγουν καὶ ἐκχώρειν μοι τὰς ἀγωγὰς ὥστε δυνηθῆναι με *procuratorio nomine* κινήσαι ταύτας ; ὁμολογῶ[15]

Como podemos observar, el jurista bizantino resume en la forma interrogativa y reducida el mismo contenido de esta estipulación ya referido por Gayo, haciendo notorias las obligaciones del vendedor de transmitir al comprador lo que hubiese recibido por los deudores hereditarios o de cederle las correspondientes acciones, de modo que pudiese ejercitarlas a título de *procurator*. Después, haciendo mención a la *stipulatio venditae hereditatis* (2.23.3) Teófilo continúa diciendo:

ὁμολογεῖς, ᾧ *fideicommissárie*, ἐὰν ἀπαιτηθῶ τι ὑπὸ *hereditariu creditoros* διδόναι μοι τοῦτο ἤγουν καὶ *defendeíein* με καὶ περιποιεῖν μοι τὸ ἀνενόχλητον; ὁμολογῶ[16]

También el objeto de tal estipulación resulta más breve en el comentario del antecesor respecto al de Gayo 2.252, limitándose a afirmar que el comprador quedaba obligado o a reembolsar al vendedor lo que éste último había debido pagar a un acreedor hereditario o a defenderlo en juicio; en uno u otro caso, el vendedor tenía derecho a la indemnización respectiva.

El texto de Gayo, Inst. 2.252, y de las respectivas interpretaciones que acabamos de observar han constituído la base sustancial más importante del nuevo tentativo de reconstrucción del formulario de estas *stipulationes,* realizado por Manthe.[17]

Además del texto de Gayo en Instituciones 2.252. y de las respectivas interpretaciones apenas vistas, existe el texto 2.257. de las mismas instituciones gayanas, donde al hablar del fideicomiso universal el jurista hace una analogía entre las *stipulationes* que se realizan en tal institución y las correspondientes a la venta de herencia, como se puede apreciar:

> *Sed is, qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem sive noluerit retinere, ipse universa onera hereditaria sustinet; sed quarta quidem retenta quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent tamquam inter partiarium legatarium et heredem; si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt.*

El texto comenta que, una vez que el heredero ha aceptado voluntariamente la herencia objeto del fideicomiso, tanto si retiene como si no quiere retener la cuarta parte, gravan sobre él las totales cargas hereditarias: pero si retiene la cuarta parte, deben interponerse con el fideicomisario las estipulaciones de parte y por parte, como se hace entre el legatario (parciario) y el heredero; si por el contrario se "restituye" toda la herencia, han de interponerse estipulaciones al ejemplo de las que se hacen en la compraventa de herencia.

Como hemos visto anteriormente, antes de la aprobación del senadoconsulto Trebeliano, el fideicomisario tomaba el lugar

del comprador de la herencia, mientras que después de tal senadoconsulto su posición es la del heredero, dejando de ser necesaria la aplicación de *stipulationes emptae et venditae hereditatis*. No obstante, con la vigencia del senadoconsulto Pegasiano (bajo el imperio de Vespasiano 69-79 d.C.), serán necesarias de nuevo *stipulationes* en caso de que se restituya toda la herencia, no siendo las *emptae et venditae hereditatis,* sino otras de carácter análogo.[18] Si bien el presente texto no nos da mayor información en lo referente al contenido de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis,* su importancia radica en la confirmación de que tales *stipulationes* continuaban en vigencia en la época del jurista.

III. Vestigios de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* en los textos clásicos al margen de las Instituciones Gayanas

En numerosos textos de los juristas clásicos se hace referencia a las *stipulationes emptae et venditae hereditatis.* Los testimonios más antigüos se mencionan por Labeón citado por Paulo, *libro quinto decimo quaestionum* D.45.3.20.1 y por Aristón, cuya opinión se encuentra referida por Meciano, *libro secundo fideicommissorum* D.32.95. Otros ejemplos son indicados por Celso, *libro trigensimo secundo digestorum* D.50.16.97; Juliano, *libro quinto decimo digestorum* D.18.4.18. y *libro duodecimo digestorum* D.15.1.37.pr; Escévola, *libro vicensimo septimo digestorum* D.44.4.17.2; Ulpiano, *libro quinquagesimo ad Edictum* D.45.1.50.1. y Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21, donde se hace patente tal utilización. A los presentes textos podemos añadir también una constitución del emperador Antonino Caracalla (211-217 d.C.) recogida en C.4.39.2. Comenzaremos ahora con el análisis individualizado de cada uno de ellos.

a). El caso examinado por Labeón y comentado por Paulo, *libro quinto decimo quaestionum* D.45.3.20.1. es el siguiente:

> *Apud Labeonem ita scriptum est:*[19] *filium et filiam in sua potestate pater intestatus reliquit: filia eo animo fuit sem-*

per, ut existimaret nihil ad se ex hereditate patris pertinere: deinde frater eius filiam procreavit et eam infantem reliquit: tutores servo avito eius imperaverunt, ut ab eo, cui res avi hereditatis vendiderunt, stipularetur, quanta pecunia ad eum pervenisset: ex ea stipulatione quid pupillae adquisitum sit, peto rescribas. Paulus: est quidem verum bona fide possessum servum ex re eius cui servit stipulantem possessori adquirere: sed si res, quae ex hereditate avi communes fuerunt, in venditionem hereditatis venerunt, non videtur ex re pupillae totum pretium stipulari ideoque utrisque adquirit.

Un *pater familias* ha fallecido *intestatus* dejando un hijo y una hija que al momento de la muerte estaban bajo su potestad. La hija siempre era de la idea que nada de la herencia de su padre le hubiese pertenecido. Su hermano, después de haber procreado una niña, muere cuando ésta es todavía *infans*. Los tutores de la pequeña ordenan a un esclavo del abuelo fallecido de hacerse prometer del comprador mediante una *stipulatio,* el pago del precio de la herencia del mismo abuelo que el hijo muerto había recibido por sucesión de las cosas hereditarias. La cuestión presentada al jurista tiene por objeto lo que se podía considerar adquirido por la *pupilla* en base a esta estipulación. El texto nos conserva solamente la solución ofrecida por Paulo sin mencionarse la de Labeón, afirmando el principio general[20] de que, si un esclavo poseído en buena fe (y tal era la situación de la niña frente a la mitad del dominio de este esclavo, pues su tía era la copropietaria) adquiere algo mediante una estipulación relativa a los bienes del poseedor, tales adquisiciones pertenecen a éste último. No obstante, en el presente caso, si la venta de herencia del hijo fallecido ha incluído los bienes del abuelo que eran comunes con su hermana, tal principio no puede valer, porque la *stipulatio* no tenía como objeto sólo los bienes pertenenientes a la pupila, sino los de ella y de su tía, y por lo tanto el precio sería común a ambas.

En lo que respecta a nuestra investigación en el presente texto se señalan los siguientes aspectos interesantes. Primero, la obligación del comprador de la herencia de pagar el precio

forma objeto de una *stipulatio*. Es importante observar que el monto de tal precio no resulta ya determinado, sino simplemente determinable en la fórmula *quanta pecunia ad eum pervenisset*, que parece implicar una función intermediaria del comprador, el cual a su vez habría vendido la herencia a otros.[21] En segundo lugar, el principio *semel heres semper heres* se aplicaba también a la hija que erróneamente creía no tener derecho sobre la herencia paterna, explicándose de éste modo que el precio pagado por el comprador fuere también a beneficio de ella como titular de bienes hereditarios que se encontraban dentro de la herencia del hermano fallecido. Si bien la herencia vendida contenía bienes de la tía, tal contrato era plenamente válido, al igual que todas las ventas consensuales independientemente que la mercancía no perteneciera al vendedor.[22] Al final, en la respuesta de Paulo encontramos que la cotitularidad del precio de la herencia vendida es originada por la comunidad de bienes del *avus* muerto entre tía y sobrina.

b). De las *stipulationes emptae hereditatis* encontramos expresamente mención por parte de Aristón, el cual, citado por Meciano en D.32.95, dice en la parte que nos interesa lo siguiente:

"Quisquis mihi heres erit, damnas esto dare fideique eius committo, uti det, quantas summas dictavero dedero". Aristo res quoque corporales contineri ait, ut praedia mancipia vestem argentum, quia et hoc verbum "quantas"non ad numeratam dumtaxat pecuniam referri ex dotis relegatione et stipulationibus emptae hereditatis apparet et "summae" appellatio similiter accipi deberet ...

Para la interpretación de las palabras *quantae summae* de un fidecomiso,[23] el jurista de la edad de los emperadores Severos retoma la opinión de Aristón de finales del I siglo d.C., según la cual tales palabras no se limitan al dinero contante (*pecunia numerata),* sino incluyen también las *res corporales* (fundos, esclavos, vestidos y plata), como resultaba del legado de dote y de las *stipulationes emptae hereditatis*. De tal opinión puede

apreciarse el empleo en la compraventa de herencia de estipulaciones con las cuales el comprador se hacía prometer por el vendedor la transmisión no sólo del dinero, sino también de otras cosas contenidas en ésta o que en futuro le hubiesen llegado por motivo de éste. Es útil observar, por un lado, un cierto paralelismo entre fidecomiso universal y compraventa de herencia también después de los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano, y, por otro lado, el uso del plural *stipulationes* que parecería implicar la interposición de más de una estipulación *emptionis hereditatis causa*.

Los testimonios de Labeón y de Aristón nos ofrecen un cuadro de la compraventa de herencia del siglo I d.C., donde las partes utilizaban *stipulationes emptae et venditae hereditatis* para determinar respectivamente la obligación del comprador de pagar el precio y la o las del vendedor de transferir las cosas pertenecientes a la herencia. Parecería por lo tanto deducirse un tipo de contenido más amplio de tales *stipulationes* frente a las mencionadas por Gayo Inst. 2.252., donde en aquella(s) *venditae hereditatis* falta la referencia a la obligación del pago del precio y en aquella(s) *emptae hereditatis* de la trasmisión de las cosas que formaban actualmente la herencia vendida o que habrían podido llegar en un futuro por causa de la misma.

c) La interpretación de algunas palabras del formulario de la *stipulatio emptae hereditatis* es dada por el jurista Celso, *libro trigensimo secundo digestorum* D.50.16.97, que dice:

> *Cum stipulamur'quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit' res ipsas quoque quae pervenerunt, non pretia earum spectare videmur.*

Cuando nos hacemos prometer 'todo el dinero que te habrá llegado de la herencia de Ticio', resulta que nos referimos a las cosas que llegaron y no a sus precios. Explica Celso que la locución *quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit* que formaba parte del formulario de la *stipulatio emptae hereditatis* debía entenderse como obligación del vendedor de trasmitir al comprador todas las cosas hereditarias obtenidas posteriormente a la celebración de la venta de herencia, no pudiéndose sustituir con su precio.[24] La palabra *pretium* en el presente texto asume el sentido de valor económico de dichas cosas si el vendedor hubiese preferido conservarlas en lugar de otorgarlas, así como de precio pagado por un tercero al que el vendedor las hubiese vendido. La interpretación de Celso, por un lado, confirma la opinión de Aristón examinada en el punto b), y, por el otro, se relaciona con la problemática tratada por Paulo en D.18.4.21, que veremos en el punto h).

d) En el texto de Juliano recogido en D.18.4.18. se manifiesta la posibilidad de que en una compraventa de herencia el vendedor opte por la acción de venta o la acción de lo estipulado contra el comprador. El caso que el jurista examina es el siguiente:

> *Si ex pluribus heredibus unus, antequam ceteri adirent hereditatem, pecuniam, quae sub poena debebatur a testatore, omnem solverit et hereditatem vendiderit nec a coheredibus suis propter egestatem eorum quicquam servare poterit, cum emptore hereditatis vel ex stipulatu vel ex vendito recte experietur: omnem enim pecuniam hereditario nomine datam eo manifestius est, quod in iudicio familiae erciscundae deducitur, per quod nihil amplius unusquisque a coheredibus suis consequi potest, quam quod tamquam heres impenderit.*

La situación tratada por el texto es la referente a que un heredero, antes de que los otros aceptaran la herencia *(antequam ceteri adirent hereditatem),* paga todo el dinero que bajo estipulación penal debía el testador y después vende el patrimonio hereditario. Como los otros herederos son insolventes y no pagan la propia cuota al heredero vendedor, el jurista considera que este último puede correctamente ejercitar contra el comprador para conseguir tal fin o con la acción *ex stipulatu* o con la acción *ex vendito (cum emptore hereditatis vel ex stipulatu vel ex vendito recte experietur).* La justificación sobre la que Juliano fundamenta tal solución es que la estipulación penal ha sido pagada a título hereditario *(hereditario nomine),* y por

tanto el heredero vendedor de la herencia que la había pagado podía obtener de los otros coherederos la restitución de las respectivas cuotas con la *actio familiae erciscundae* en el momento de la división de la herencia, puesto que con esta acción todo coheredero podía obtener también la división de los gastos realizados como heredero a causa del patrimonio hereditario.

Dentro de la doctrina que se ha ocupado del presente texto[25] señalamos la opinión de Torrent,[26] el cual lo considera confuso porque, según su postura, "no se entendería como era posible que el heredero hubiere vendido la totalidad de la herencia existiendo otros coherederos". Sigue diciendo Torrent que "se podría pensar que el vendedor ha realizado el cumplimiento de una obligación de una herencia que tiene más pasivos que activos, porque si los herederos no tienen para pagar las deudas, significa por ello que los activos de la herencia no eran suficientes. Por tanto la explicación que sigue a la declaración del texto sería con toda seguridad compilatoria, al menos remanejada, en donde el compilador no tomó bien lo que decía el jurista clásico y dió una explicación confusa, o añadió la última parte de su cosecha".[27] La conclusión de Torrent es que, si bien la mención del pago por causa hereditaria por parte del heredero es correcta, la referencia a la acción de partición de herencia no tendría relación con la idea narrada en un inicio.

La interpretación de Torrent ocasiona ciertas dudas. En primer lugar, en el texto se dice claramente que uno sólo de los herederos había aceptado la herencia, y que la vende antes que los otros hubieren aceptado. Esto hace pensar que los herederos eran voluntarios, y que por lo tanto la falta de aceptación de los otros impedía que fuesen herederos; el que había realizado la *aditio* era en ese preciso momento el único titular del patrimonio hereditario explicando por ello la causa por la que había tenido la facultad de venderla.[28] El siguiente criterio del autor sobre el carácter pasivo de la herencia y sus consecuencias para los otros coherederos, no parece admisible, a nuestro entender, por el hecho de que la interpretación debería realizarse de otro modo: el heredero que ha efectuado la venta ha recibido un precio, los otros llamados a la herencia, una vez habiéndola aceptado y por lo tanto teniendo el carácter de herederos, exigen su parte correspondiente; no obstante, para otorgársela el vendedor pretende el pago de la obligación cumplida por él, a lo que éstos se manifiestan insolventes; frente a tal hecho el vendedor tendrá la facultad de exigir en vía de regreso el pago al comprador mediante la *actio ex stipulatu* o *actio ex vendito.* Es interesante destacar como el ejercicio de la acción contra este último sea subordinado al previo ejercicio contra los otros coherederos y a su insolvencia.

En base a tales consideraciones, también la objeción de una falta de coherencia entre la segunda parte del texto y la primera es difícilmente aceptable, porque el jurista explica la razón jurídica y el medio adecuado con el cual el heredero vendedor podía demandar la repartición de la deuda hereditaria a los otros herederos. El hecho de que el vendedor ha pagado *tamquam heres* (como heredero) un gasto de la herencia lo autorizaba en cuanto al ejercicio de la *actio familiae erciscundae* contra los otros coherederos, puesto que ya en la época clásica tal acción se utilizaba también para la repartición de las *praestationes personales.*[29] De lo anterior podemos compartir la posición de la doctrina más reciente que no considera interpolado el presente texto de Juliano.[30]

En el presente punto de nuestra investigación nos interesa analizar la parte correspondiente al ejercicio alternativo por parte del heredero vendedor de la *actio ex stipulatu* o de la *actio ex vendito;* de las palabras del jurista resulta que se encuentran en un mismo plano la elección de cualquiera de las dos acciones.

La *actio ex stipulatu* mencionada por Juliano podría tener como origen una *stipulatio venditae hereditatis* por la que el comprador se obligaba a reembolsarle al vendedor los gastos que hubiese realizado; y tal acción se encuentra al mismo nivel que la *actio ex vendito* en cuanto a su fundamento causal. Si aceptacemos la presente postura, sería pertinente determinar si tal *stipulatio* a la que hace referencia Juliano, correspondería a la *stipulatio venditae hereditatis* mencionada por Gayo en Instituciones 2.252. que hemos tratado anteriormente. De la exégesis que realizamos sobre tal texto, podríamos considerar que el contenido de la *stipulatio* que expresa Gayo encuentra

paralelismo con la mencionada por Juliano, puesto que el comprador se obliga a pagar las deudas correspondientes a la herencia.

La elección de una u otra acción manifestada por Juliano, podría demostrar que en su época la obligación del comprador de pagar las deudas hereditarias, podía establecerse en una *stipulatio* accesoria al contrato consensual de venta de herencia, o inmersa en el mismo contrato consensual, expresando probablemente una orientación de la práctica en esta última dirección. Tal afirmación resulta confirmada, como veremos en el parágrafo V del presente capítulo, por otros dos textos del mismo Juliano, citado por Ulpiano, *libro trigensimo primo ad edictum* D.17.1.14 pr. y *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.15, y por un texto también de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.11, donde la obligación del vendedor de la herencia de ceder las acciones y la del comprador de eembolsar los gastos *hereditario nomine son un efecto natural del contrato consensual sin necesidad de una expresa stipulatio.*

e) Se refiere a una *stipulatio emptae hereditatis* otro texto de Juliano, *libro duodecimo digestorum* D.15.1.37 pr, el cual manifiesta:

> *Si creditor filii tui heredem te instituerit et tu hereditatem eius vendideris, illa parte stipulationis "quanta pecunia ex hereditate ad te pervenerit" teneberis de peculio.*

Un acreedor de tu hijo, que tiene un peculio, te ha instituido heredero y tú has vendido su herencia, en base a la parte de la *stipulatio emptae hereditatis,* donde se dice que el vendedor está obligado a transferir al comprador todo el dinero que llegara a él *ex hereditate* (*quanta pecunia ex hereditate ad te pervenerit*), podrás ser convenido en juicio con la *actio de peculio* y responderás dentro de los límites de este.

Renviando al capítulo respectivo el análisis del texto en lo referente al aspecto de la confusión hereditaria,[31] en este momento nos limitamos a observar una identidad entre el contenido de la parte de la *stipulatio* referido por Juliano y el que

se encuentra mencionado por Gayo en Inst. 2.252. así también por los comentarios al manual gayano analizados en el parágrafo anterior. Con la sóla diferencia que Juliano al hablar de *pecunia* refiere exactamente las palabras originarias de la *stipulatio,* mientras Gayo hace mención de forma más general a *quid,* según la interpretación jurisprudencial que se había afirmado.[32]

f) Una probable referencia a una *stipulatio venditae hereditatis* se aprecia en el caso analizado por Escévola, *libro vicensimo septimo digestorum* D.44.4.17.2, que señala:

> *Ex quadrante heres scriptus a coherede ex dodrante instituto emit portionem certa quantitate, ex qua aliquam summam in nominibus ex kalendario uti daret, stipulanti spopondit: defuncto venditore hereditatis falsum testamentum Septicius accusare coepit et hereditatem ab emptore petit et ne quid ex ea minueret, impetravit: quaesitum est, cognitione falsi pendente an heredes ex stipulatu petentes doli exceptione summoventur. Respondit heredes venditoris, si ante eventum cognitionis pergant petere, exceptione doli mali posse summoveri.*

El heredero instituído por la cuarta parte compra del coheredero de las tres cuartas partes de la herencia su cuota a un cierto precio, parcialmente constituido por créditos a término fijo (*nomina ex kalendario*) que prometía de pagar con una *stipulatio*. Fallecido el vendedor de la cuota hereditaria, un tercero, Septicio, propone una *accusatio falsi testamenti* y pide la herencia al comprador, obteniendo que no pueda actuar de modo de disminuírla. Estando pendiente el proceso de falsedad, los herederos del vendedor de la cuota hereditaria llaman en juicio al comprador con la *actio ex stipulatu* para el pago del precio, por lo que le pregunta al jurista la posibilidad de oponerles una *exceptio doli mali*. Su respuesta es afirmativa, si tales herederos ejercitaron su acción antes de la decisión del proceso de falsedad.

De la situación considerada por el jurista puede deducirse que: *a*)la compraventa de herencia podía tener por objeto la to-

talidad o una cuota hereditaria, siendo posible que las partes en el contrato fuesen los propios coherederos; *b*) el precio fuese constituido en parte por dinero y en parte por créditos que debían ser satisfechos en una fecha determinada. Bajo el perfil de que nos ocupamos en este momento, el hecho de que la obligación del comprador de pagar tal precio totalmente o almenos en la parte constituída por los créditos estaba incluída en una *stipulatio,* hace pensar que la venta de herencia se hubiese realizado mediante *stipulationes emptae et venditae hereditatis* y que en esta última (o estas últimas) se hiciese mención del precio o bien que a ésta(s) se acompañase la *stipulatio* que tenía por objeto el mismo. De eso deriva que los herederos del vendedor ejercitaban la *actio ex stipulatu* para exigir dicho precio. Otra circunstancia en favor del empleo de tales *stipulationes* para la realización del negocio en el presente caso podría ser la necesidad por parte del comprador de oponer la excepción de dolo, que habría sido inútil en caso de ejercicio de la acción contractual *(actio venditi)* de buena fe.

g) El texto de Ulpiano, *libro quinquagensimo ad edictum* D.45.1.50.1.[33] hace mención expresa de una *stipulatio emptae hereditatis*:

> *Item stipulatione emptae hereditatis: "quanta pecunia ad te pervenerit dolove malo tuo factum est eritve, quo minus perveniat" nemo dubitabit quin teneatur, qui id egit, ne quid ad se perveniret.*

Ulpiano refiere una *stipulatio* empleada en la compraventa de la herencia, que el comprador se hacía prometer del vendedor de la misma, enunciada de la siguiente forma: *quanta pecunia ad te pervenerit dolove malo tuo factum est eritve quo minus perveniat,* (Cuanto dinero llegare a tí o con dolo malo tuyo hayas hecho o hagas que no llegue a tí); de tal *stipulatio* nadie dudará que estará obligado el que hubiere realizado alguna cosa para que no le hubiere llegado el dinero. Dicha *stipulatio* tiene como finalidad obligar al vendedor a entregar al comprador el dinero (y, según la interpretación de Aristón en D.32.95, anteriormente ofrecida, también las otras cosas hereditarias) que se encontrase en su poder después de la venta de la herencia. A la falta de tal entrega es equiparada la actuación dolosa del vendedor para que el dinero (y otras cosas) no se encontrara en su poder. En ambas situaciones se determina una responsabilidad del vendedor, como veremos a continuación.[34]

La importancia del texto para nuestros fines actuales, es la referente a la indicación de una *stipulatio emptae hereditatis,* cuyo contenido es en sustancia idéntico a la mencionada por Gayo 2.252., todavía empleada en la época de Ulpiano, con la finalidad de establecer el contenido de una obligación del vendedor.

h) Pasemos en este momento a analizar el texto de Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21, que, en la parte que nos interesa dice lo siguiente:

> *Venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit: quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat: nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et pretium debeat. et quidem si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus pretium in stipulationem venisse: quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debebit...*

El texto menciona que el vendedor, después de haber interpuesto una estipulación relativa a la herencia vendida, ha recuperado una cosa hereditaria y la ha vendido a otro. El jurista se pregunta, que deba responder el vendedor al comprador de la herencia mediante tal estipulación, porque en todo caso no es posible que sea obligado conjuntamente a entregar la cosa y el precio. Su respuesta se basa en el momento en que la estipulación ha sido interpuesta: si se ha realizado después que ha vendido la cosa el heredero, tiene que transmitir al comprador de la herencia el precio, si por el contrario la estipulación es anterior a la venta de la cosa singular será debida la misma.[35]

El caso tratado por Paulo considera una doble venta: la primera que tiene por objeto una herencia y la segunda referente

a una cosa singular que pertenece a la misma. En la venta de la *hereditas* el vendedor ha realizado una *stipulatio* con el comprador, cuyo contenido puede ser deducido en base a la idea de que el vendedor está obligado a dar o la cosa o el precio que ha adquirido por motivo de la herencia. Tal contenido corresponde a la obligación del vendedor de entregar al comprador todo lo que por causa de la herencia hubiese recibido, como se menciona por Gayo en Instituciones 2.252 (*si quid ex hereditate pervenisset* --al vendedor-- *id restitueretur* --al comprador), Celso en D.50.16.97 (*quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit*), y por Ulpiano en D.45.1.50.1 (*quanta pecunia ad te pervenerit dolove malo tuo factum est eritve, quo minus perveniat).* En el primer caso la solución que el jurista expresa se fundamenta en que, como la *stipulatio emptae hereditatis* fue realizada después de celebrada la venta con el tercero, el heredero ya no era titular de la cosa, por lo que tendría que considerarse incluído en la herencia el precio de la venta de la cosa singular. Tal solución es explícitamente manifestada por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.3 (*sed et si rerum venditarum ante hereditatem venditam pretia fuerit consecutus, palam est ad eum pretia rerum pervenisse*).[36] La causa en el segundo caso se deberá al hecho de que, como la *stipulatio* había sido anterior a la obtención de la cosa por parte del vendedor, al realizarse su venta se ha actuado contra el contenido de tal *stipulatio*, obligándose por ello a entregar la cosa, independientemente de que la hubiere vendido a un tercero; tal situación podría hacer pensar que, si la cosa no la hubiera entregado todavía al tercero, debería hacerlo al comprador de la herencia, responsabilizándose con el tercero; y si éste la hubiera recibido, ante la imposibilidad de que el vendedor entregase la cosa, será responsable con el comprador de la herencia en el *quanti ea res est*.[37]

Como veremos a continuación (cap. 4 § III y cap. 7 § II), en la parte siguiente del texto el jurista examina las diferentes consecuencias jurídicas entre la venta a terceros de una cosa singular y de una cosa hereditaria después de haber vendido la herencia, explícitamente hablando en esta última hipótesis de *emptio venditio hereditatis* (*sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi ...* y *at cum hereditas venit ...*).[38] En lo que respecta al presente punto de nuestra investigación, de dichas afirmaciones de Paulo se aprecia el hecho de que una *stipulatio emptae hereditatis* podía acompanarse al contrato consensual y celebrarse no sólo en el momento mismo de la realización de la compraventa de herencia, sino en un momento sucesivo. Nos parecen por lo tanto poco probables las posturas de los que tratan la *stipulatio emptae hereditatis* y la *emptio venditio hereditatis* del presente texto como dos hipótesis distintas.[39] El contexto de esta parte inicial del fragmento D.18.4.21 nos indica, hablando de otro comprador, que ya había sido concluída la venta de la herencia cuando el vendedor toma en posesión la *res hereditaria* (*venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit*). Es válida por lo tanto la suposición de la existencia en un mismo ámbito del contrato consensual y de la presente *stipulatio;* con el primero el vendedor asumía la obligación de entregar al comprador la herencia existente al momento de la celebración del negocio y con la *stipulatio* se obligaba a trasmitirle todos los lucros de la misma adquiridos sucesivamente.

i) Por último consideramos la constitución de Caracalla, en C.4.39.2, donde se afronta un caso de aplicación práctica de la *stipulatio venditae hereditatis*, como a continuación podemos ver:

> *Ratio iuris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine. Nam ut satis tibi detur, sero desideras, quoniam eo tempore, quo venumdabatur hereditas, hoc non est comprehensum. quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest.*

El emperador en su respuesta al vendedor de una herencia reafirma su responsabilidad frente a los acreedores hereditarios, legatarios y fidecomisarios, precisándole que sólo después de haberlos satisfecho tenía el derecho de ejercitar la acción de

regreso contra el comprador. La diversa solución propuesta por el vendedor de hacer responsable al comprador directamente no es aceptada, puesto que tal responsabilidad no había formado objeto de una estipulación en el momento de la celebración de la venta de herencia, sino de una simple claúsula con la cual el comprador se obligaba a satisfacer a los acreedores hereditarios.

El vendedor sigue siendo heredero, y por lo tanto responsable frente a los acreedores hereditarios por el principio *semel heres, semper heres*. Estos últimos válidamente pueden exigir el crédito hereditario bien al heredero o al comprador de la herencia. El presente texto demuestra que la responsabilidad hacia los acreedores podía formar objeto de un acuerdo entre las partes mediante pacto o *stipulatio*, con la cual el comprador satisfaga directamente y exclusivamente las obligaciones que tiene con ellos. No obstante, el emperador aquí considera únicamente con fuerza obligatoria para el comprador, el hecho de que se hubiese celebrada la *stipulatio* entre las partes, ocasionando que sólo en ese caso el comprador sería responsable directo y exclusivo con los acreedores. Por el contrario, las partes se habían limitado a concluír un simple *pactum ut emptor creditoribus hereditariis satisfaciat* que era considerado no suficiente por la Cancillería de Caracalla para excluír el ejercicio de las acciones hereditarias contra el vendedor; y por lo tanto, para determinar la sola responsabilidad del comprador.

La presente constitución se puede confrontar con algunos escolios de los Basílicos,[40] donde se reconoce al vendedor la posibilidad de ejercitar no sólo la *actio ex stipulatu,* sino también la *ex vendito* contra el comprador para ser defendido en juicio hacia los acreedores hereditarios, ocasionando que Manthe[41] considerase que en su forma originaria el *rescriptum* contuviese la referencia a ambas acciones; las palabras *tu experiaris suo ordine* y *ut creditoribus hereditariis satisfaciat* serían interpoladas y en su lugar se encontrarían las siguientes: en la primera frase *habeas actionem ex stipulatu, ut defendaris ab emptore vel tibi praestetur, quod hereditatis nomine soluturus sis, vel actionem ex vendito, si stipulatus non sis,* y en la segunda *ut contra creditores hereditarios defensionem suscipiat.*

En favor de esta opiniónse expresa el texto analizado anteriormente de Juliano en D.18.4.18. así como los que serán analizados en este parágrafo V, de los cuales puede deducirse una alternativa entre estipulaciones accesorias al contrato consensual y claúsulas o *pacta* incluídos en éste para determinar obligaciones del vendedor o del comprador en la venta de herencia.

En caso de que no se aceptase tal solución, el contenido de la constitución sigue resultando interesante, porque, de un lado, se indica la posibilidad para las partes de emplear una *stipulatio* o un *pactum in continenti* en el contrato consensual, cuya finalidad sería la de reglamentar la obligación del comprador de defender al vendedor (de que hable Gayo en Inst. 2.252.) y consecuentemente su responsabilidad frente a los acreedores de la herencia. Y, por el otro lado, perecería revelarse una tendencia de la práctica al uso del pacto más frecuente que el de la estipulación. La decisión, expresada por el emperador de la insuficiencia en éste caso del pacto, se podría explicar por la generalidad de su contenido, porque el simple deber del comprador de satisfacer a los acreedores hereditarios no se incluiría por ello la excepción del ejercicio de las acciones hereditarias contra el vendedor y la asunción de una responsabilidad directa y exclusiva del adquiriente.

IV. La posición de la doctrina sobre la función de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*.

Los textos de Gayo Inst. 2.252, de Celso en D.50.16.97 y de Ulpiano en D.45.1.50.1. expuestos en los parágrafos anteriores y la explicación por éste último jurista del argumento en el libro 49 de su comentario a Sabino constituyeron el fundamento de las opiniones manifestadas por los estudiosos que se han ocupado de tales *stipulationes*.

Durante un largo tiempo ha prevalecido la opinión de Lenel, que en su Palingenesia[42] ha considerado los textos, que en materia de venta de herencia hacen referencia a las acciones propias del contrato consensual, como interpolados, considerándose por ello que en la época clásica, aún cuando el contra-

to de compraventa fuese consensual, si tenía por objeto una *hereditas* requería del empleo de *stipulationes* para determinar las obligaciones de ambas partes. Además de la referencia a las fuentes analizadas en los §§ II y III, el autor trata de demostrar su postura en base al orden sistemático de la obra de Ulpiano *ad Sabinum,* de que es compuesta gran parte del título D.18.4. En efecto dicha obra, a partir del *Liber LXVI* trata del argumento *De verborum obligationibus* hasta el *Liber L,* (los textos del *Liber LXVI* hacen referencia al título *De novationibus*, el *Liber XLVII De Vadimoniis*, el *Liber XLVIII* al Título *De inutilibus stipulationibus*, el *Liber XLIX* al tema que estamos tratando y el *Liber L* a textos también referentes al Título *De verborum obligatione).* Por lo que sería lógico pensar que en el derecho clásico la compraventa de herencia se efectuase a través de estas *stipulationes.*

A tal opinión por su autoridad se conformó toda la doctrina sucesiva.[43] Recientemente una explicación más articulada y respetuosa de la clasicidad de los textos ha sido expresa por Talamanca,[44] que, precisando la dificultad de aclarar la relación entre las dos figuras contractuales, ha considerado a las *stipulationes* como un modo de ejecución de la compraventa consensual, que permitía a las partes el uso alternativo de las acciones propias de la venta o la estipulación.

Para juzgar el fundamento de tales opiniones resulta por lo tanto necesario completar nuestro análisis también respecto a la parte de los textos clásicos, donde las obligaciones del vendedor y del comprador de la herencia no nacen de *stipulationes,* sino del contrato consensual.

V. El papel del contrato consensual como fuente de las obligaciones del vendedor y del comprador de la herencia

Hablando en el §III del texto de Juliano en D.18.4.18, ya hemos recordado que existen textos en que algunas obligaciones del vendedor o del comprador de una herencia nacen directamente del contrato consensual sin mención de *stipulationes.*

a). El primer ejemplo del empleo de la acción de venta para hacer valer una obligación del comprador de una herencia se encuentra en un texto del libro cuarto de los *posteriores* de Labeón epitomados por Javoleno en D.18.4.24. que dice:

Hereditatem Cornelii vendidisti: deinde Attius, cui a te herede Cornelius legaverat, priusquam legatum ab emptore percipere t, te fecit heredem: recte puto ex vendito te acturum, ut tibi praestetur, quia ideo eo minus hereditas venierit, ut id legatum praestaret emptor, nec quicquam intersit, utrum Attio, qui te heredem fecerit, pecunia debita sit, an legatario.

Al tratar de un caso donde el vendedor de la herencia había sido nombrado heredero por un legatario de la misma, muerto antes de percibir el legado del comprador, el jurista augusteo afirma la posibilidad de ejercitar la *actio ex vendito* contra este último para conseguir tal legado: *recte puto ex vendito te acturum, ut tibi praestetur*. En el presente fragmento, de que tendremos ocasión de ocuparnos bajo diversos aspectos, el punto que en este momento debe relevarse es la mención de la *actio ex vendito;* no obstante, es incierto si la mención de esta acción se remonta efectivamente al mismo Labeón ò es fruto del resumen de Javoleno. En uno u otro caso, el texto expresa el dato más antigüo del empleo en una *venditio hereditatis* de la acción naciente del contrato consensual.

b). Otros tres textos pertenecen a Juliano.

1. El primero se encuentra contenido en Ulpiano, *libro trigensimo primo ad edictum* D.17.1.14. pr, que dice:

> *Heredem fideiussoris, si solverit, habere mandati actionem dubium non est. Sed si vendiderit hereditatem et emptor solverit, an habeat mandati actionem quaeritur. Et Iulianus libro tertio quarto, corr. Lenel decimo scribit idcirco heredem habere mandati actionem, quia tenetur iudicio ex empto, ut praestet actiones suas, idcircoque competere ex empto actionem, quia potest praestare.*

Después de haber afirmado el principio general de que el heredero del fiador que ha pagado tiene la *actio mandati* (contraria) contra el deudor principal que encargó al *de cuius* de

prestar garantía, el jurista se pregunta si, cuando el heredero haya vendido la herencia del fiador fallecido y el comprador haya cumplido la obligación garantizada tal acción continúe correspondiéndole. La respuesta indicada por Juliano en el libro 14 de los Digestos y compartida por el mismo Ulpiano es afirmativa: al heredero le corresponde la *actio mandati* contraria porque el mismo está obligado, en base a la compraventa de herencia, a ceder sus acciones al comprador mediante la *actio empti (idcirco heredem habere mandati actionem, quia tenetur iudicio ex empto, ut praestet actiones suas),* y en tal cesión debe incluírse también dicha acción de mandato.[46]

En lo que respecta a nuestra investigación el presente texto manifiesta que Juliano ya consideraba suficiente el contrato consensual como fuente de la obligación del vendedor de la herencia de transferir al comprador las acciones contra los deudores hereditarios,[47] si bien es cierto que Gayo en Inst. 2.252. incluyó esta obligación en una (o en la) *stipulatio emptae hereditatis.* No obstante las dudas doctrinales sobre la parte final del texto (*idcircoque - praestare)* considerada como un glosema o una interpolación formal,[48] porque tales palabras no hacen sino repetir lo manifestado anteriormente, la clasicidad del restante y por lo tanto de la solución ofrecida por los dos juristas resulta claramente de la confrontación con el mencionado texto del mismo Juliano en D.18.4.18, donde una obligación del comprador de la herencia ya es originada por el contrato consensual alternativamente a una estipulación.

2. Una referencia a la orientación de Juliano en esta materia se encuentra también en un segundo texto de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum*, D.18.4.2.15, donde el jurista adrianeo concede una *actio venditi* al vendedor de una herencia para el rembolso de los gastos *hereditario nomine.* Sobre el presente punto el texto dice:

> *Si Titius Maevi hereditatem Seio vendiderit et a Seio heres institutus eam hereditatem Attio vendiderit, an ex priore venditione hereditatis cum Attio agi possit? Et ait Iulianus: quod venditor hereditatis petere a quolibet extraneo herede potuisset, id ab hereditatis emptore consequatur: et certe, si Seio alius heres exstitisset, quidquid venditor Maevianae hereditatis nomine praestitisset, id ex vendito actione consequi ab eo potuisset ...*

Ticio ha vendido la herencia de Mevio a Seyo e instituído heredero por el mismo Seyo vende también su herencia a otra persona, Atio. La pregunta es: ¿Puede Ticio llamar en juicio a Atio en base a la primera compraventa de herencia para las prestaciones efectuadas a causa de la misma? La opinión de Juliano es afirmativa, puesto que el vendedor puede obtener del comprador de la herencia lo que podría pedir a cualquier heredero extraño, y entonces si otro hubiese sido heredero de Seyo, Ticio, vendedor de la herencia Meviana, habría tenido derecho mediante la *actio venditi* a ser rembolsado por él de las prestaciones *hereditatis nomine.*

Para nuestras finalidades actuales[49] el presente caso representa una confirmación de lo que hemos dicho con referencia a D.17.1.14.pr. analizado anteriormente; en la respuesta de Juliano el contrato consensual resulta ser suficiente para determinar la obligación del comprador de rembolso de los *damna hereditario nomine,* sin necesidad de la específica estipulación de que se habla en Gayo Inst. 2.252.

3. El tercer caso planteado por Juliano se encuentra expresado una vez más por Ulpiano, *libro trigesimo secundo ad edictum* D.19.1.13.5, donde se hace mención al empleo de la acción de venta. Al considerar la cuestión del *dolus in contrahendo* cometido por la persona que había sustraído algunos objetos de una herencia persuadiendo al heredero de vendérsela a un precio más bajo, Juliano otorgaba a éste último la *actio ex vendito* por la disminución del valor de la herencia causada por tal sustracción: *et ait Iulianus competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent.* Dejando para después el análisis de los perfiles de la responsabilidad,[50] el texto demuestra claramente la posibilidad de ejercitar la acción contractual de buena fe con la finalidad de obtener la diferencia del precio, restableciendo el equilibrio entre las prestaciones de las partes alterado por la actuación dolosa del comprador.

El examen conjunto de las presentes opiniones y de las expuestas por el mismo Juliano en el § III parecen manifestar de modo evidente la existencia en su época de una situación, en la que las partes podían reglamentar sus obligaciones nacientes de una compraventa de herencia directamente mediante el contrato consensual o recurriendo a *stipulationes* accesorias a éste.

c). La línea de pensamiento en favor de la suficiencia de la *emptio venditio* consensual como fuente de las obligaciones del vendedor y del comprador de una herencia en lugar de las *stipulationes* resulta confirmada por el discípulo de Juliano, Africano, *libro septimo quaestionum* D.18.4.20 pr., el cual dice:

> *Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris ac post debitori eiusdem heres existas, actione ex empto teneberis.*

El caso es el siguiente: si me has vendido la herencia de Lucio Ticio y después has sido heredero de su deudor, serás responsable frente a mí con la *actio ex empto.* Como podemos observar, el texto analiza un problema de confusión hereditaria de un vínculo obligatorio, y como tal será examinado en el capítulo correspondiente (6 § II.4). Lo que tenemos que apreciar en el presente momento, es la referencia a la acción naciente del contrato consensual como medio para hacer valer la inobservancia por parte del vendedor de la obligación de transferir al comprador todo lo que hubiere adquirido *hereditario nomine,* incluyéndose lo que el deudor del cual se había convertido en heredero, deberá a Lucio Ticio.

d). Esta misma postura se encuentra también en diversos textos de Ulpiano.

1. El primero es extraído del *liber quadragensimus nonus ad Sabinum* D.18.4.2.11, en el cual se puede apreciar que la obligación del comprador de la herencia de indemnizar al vendedor por los *damna hereditario nomine* nacía simplemente del contrato consensual:

> *Sive ipse venditor dederit aliquid pro hereditate sive procurator eius sive alius quis pro eo, dum negotium eius gerit, locus erit ex vendito actioni, dummodo aliquid absit venditori hereditatis: ceterum si nihil absit venditori, consequens erit dicere non competere ei actionem.*

Si el mismo vendedor o su procurador o un gestor de sus negocios hubiese dado algo a causa de la herencia (*dederit aliquid pro hereditate*), se podrá ejercitar la *actio ex vendito* contra el comprador que no les realice el rembolso; si por el contrario, nada falta al vendedor o más generalmente no resulta alguna pérdida, no tendrá lugar la acción.

El presente texto parecería revelar aquí una clara tendencia de la práctica a considerar esta obligación como un efecto natural del contrato consensual, siguiendo la línea ya expresada por Juliano que hemos visto anteriormente.

Referencias a las *actiones ex vendito* o *ex empto* para sancionar las obligaciones del comprador o del vendedor se manifiestan también en otros parágrafos del mismo fragmento D.18.4.2.. Sobre tales parágrafos limitamos aquí nuestra atención solamente a los aspectos que interesan en la presente parte de nuestra investigación.

2. En el parágrafo 2 se analiza la cuestión de la posibilidad de ejercitar la *actio empti* contra el vendedor de la herencia del *testator* que sea también el sustituto pupilar, en el caso en que él no transmita al comprador lo que obtenga de la herencia del pupilo (*Illud potest quaeri, si etiam impuberi sit substitutus is qui vendidit hereditatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hereditate ad eum qui vendidit hereditatem pervenit, ex empto actioni locum faciat*).[51]

3. En el parágrafo 13 se afronta el problema de si el vendedor puede ejercitar la *actio venditi* contra el comprador en caso que, habiendo exceptuado de la herencia un esclavo con el peculio, haya sido convenido en juicio por un acreedor de tal esclavo mediante la *actio de peculio* y haya pagado. La respuesta, en base a la autoridad de Marcelo, se condiciona al acuerdo de las partes, faltando tal se prefiere la solución negativa (*Quid ergo si servum cum peculio exceperit venditor hereditatis conventusque de peculio praestitit? Marcellus libro sexto digestorum non repetere eum scripsit, si modo hoc actum est, ut*

quod superfuisset ex peculio, hoc haberet: at si contra actum est, recte repetere eum posse ait: si vero nihil expressim inter eos convenit, sed tantummodo peculii mentio facta est, cessare ex vendito actionem constat).[52]

4. En el parágrafo 19 el heredero que a causa de la aceptación de la herencia haya perdido por confusión servidumbres prediales, una vez vendida la herencia, puede ejercitar la *actio venditi* contra el comprador, que no cumpla la obligación de restablecerlas (*Et si servitutes amisit heres institutus adita hereditate, ex vendito poterit experiri adversus emptorem, ut servitutes ei restituantur).*[53]

5. Fuera del fragmento D.18.4.2. existe otro texto de Ulpiano, donde se afirma la aplicación de la *actio ex empto* en alternativa a la *actio ex stipulatu* para obtener el cumplimiento de una obligación del vendedor de la herencia. El jurista, *libro trigensimo primo ad edictum* D.17.1.14.1, cuyo *principium* hemos considerado anteriormente hablando de la opinión de Juliano, trata el siguiente caso:

> *Si fideiussori duo heredes extiterint et alter eorum a coherede emerit hereditatem, deinde omne quod defunctus fideiusserat stipulatori solverit, habebit aut ex stipulatu aut ex empto obligatum coheredem suum: idcirco is mandati actionem habebit.*

Si dos son los herederos del fiador y uno compra del otro su cuota hereditaria y después paga al acreedor todo lo que el fiador difunto había prometido (*deinde omne quod defunctus fideiusserat stipulatori solverit*), tendrá contra su coheredero la *actio ex stipulatu* o la *actio ex empto.* Por lo tanto le corresponderá también la *actio mandati* (contraria) contra el deudor principal que encargó al fiador difunto de prestar la garantía. El principio jurídico que fundamenta las acciones entre los herederos del fiador es claro: lo que el deudor principal tiene que rembolsarles se considera como una ventaja (*commodum*) de la herencia vendida que el coheredero vendedor tiene que transmitir al otro coheredero comprador. Mientras que en este contexto la función de la *actio ex empto* no ocasiona dudas, la

mención de la *actio ex stipulatu* puede interpretarse de dos formas: la primera como acción de regreso que el coheredero del fiador difunto que compró la herencia tiene contra su coheredero vendedor, puesto que él cumplió toda la obligación con el acreedor *stipulator*; la segunda interpretación como acción naciente de la compraventa de herencia, si se había interpuesto una *stipulatio emptae hereditatis*. En ambas hipótesis el coheredero comprador de la herencia podrá ejercitar la *actio mandati* contra el deudor principal.

Lo que debe ser apreciado bajo el aspecto que estamos tratando es la referencia a las dos acciones *ex stipulatu* y *ex empto* y la posibilidad, almenos según una interpretación, de que las partes podían utilizar indiferentemente el contrato consensual o una estipulación accesoria al mismo para obligar al vendedor a transmitir las ventajas de la herencia vendida. En tal caso se encontraría una confirmación de la misma tendencia ya observada en Juliano D.18.4.18.

e). Existe finalmente un texto de Paulo, *libro octavo ad edictum* D.3.3.42.2, donde el jurista con referencia a una venta de herencia sugiere la aplicación de la *actio ex vendito*:[54]

> *Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati: sicut evenit, cum in rem suam procuratorem praestamus eoque nomine iudicatum solvi promittimus: nam si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito (si hereditatem vendidimus) vel ex pristina causa mandati agere debemus: ut fit cum fideiussor reum procuratorem dedit.*

Paulo comenta que la obligación que suele existir entre el titular y su procurador engendra la acción de mandato. Pero a veces no se contrae la obligación de mandato, como sucede cuando se garantiza un procurador en su propio interés *(cum in rem suam procuratorem praestamus)* y en nombre de éste se promete que se pagará una eventual condena *(eoque nomine iudicatum solvi promittimus).* Por lo que, si debido a la promesa se hubiese pagado algo, no se debería reclamar por la acción

de mandato, sino por la de venta, si se ha vendido una herencia, o por la causa originaria del mandato, como cuando un fiador haya nombrado procurador al deudor principal.

El punto que nos interesa en el texto es la referencia a la venta de herencia; en tal caso el comprador asume el carácter de *procurator in rem suam* con la finalidad de que pudiese exigir los créditos a los deudores hereditarios, obligándose con el vendedor, como lo habíamos visto en el texto de Gayo 2.252, a defenderlo en juicio. Aquí un acreedor ejercita una acción *hereditario nomine* contra el vendedor y el comprador de la herencia en cumplimento de su obligación interviene en el juicio, prometiendo el primero mediante una *cautio iudicatum solvi* a pagar la eventual condena. En base a tal *stipulatio*, una vez que el comprador ha perdido el juicio, el vendedor se encontrará obligado a pagar la condena, pero en base al contrato de compraventa de herencia, tendrá la facultad de exigir tal pago al comprador, no mediante la acción de mandato, sino mediante la *actio ex vendito.*

En doctrina manifiesta Cugia[55] que el texto está interpolado en dos puntos: en la palabra *procurator,* puesto que Paulo se debió haber referido al *cognitor* por el hecho de que la *cautio iudicatum solvi* es prestada por el *dominus litis.* El segundo punto es la referencia a la *actio ex vendito* porque en origen se debió haber utilizado la *actio ex stipulatu.* El primer punto apreciado por Cugia, si bien es cierto se encuentra fundamentado, no tiene importancia para nuestra investigación; el segundo tiene como única base el propio texto de Gayo 2.252 (apreciado anteriormente § II), donde se manifiesta una *stipulatio* por medio de la cual el comprador se responsabilizaba de devolver al vendedor la suma que hubiere pagado en ejecución de una condena en razón de la herencia. Sin embargo la opinión de Cugia no considera todos los textos que estamos analizando en el presente parágrafo, donde resulta que las obligaciones específicas del comprador de una herencia nacían simplemente del contrato consensual sin necesidad de una *stipulatio.*

Confrontando el presente texto con el otro del mismo Paulo en D.18.4.21, analizado anteriormente en el parágrafo III, en

donde se hace referencia a una *stipulatio* por la que el vendedor se obliga a dar todo lo que por causa de la herencia hubiere recibido, pueden claramente deducirse las dos tendencias de la práctica jurídica: por un lado, se continuaba reconociendo relevancia a las *stipulationes* accesorias al contrato consensual de compraventa y, del otro lado, se manifestaba una transformación de éstas en simples cláusulas contractuales, que podían exigirse a través de la acción del contrato consensual.

f). La aplicación de las *actiones empti* o *venditi* contra el vendedor o el comprador de una herencia para el cumplimiento de sus obligaciones resulta también en dos constituciones del emperador Alejandro Severo, recogidas en el Código de Justiniano. Tales constituciones por su importancia formarán objeto de análisis en nuestra investigación bajo otros aspectos.[56] Por lo tanto aquí limitaremos nuestra atención al enfoque que nos interesa actualmente. La primera, del año 223 d.C, en C.4.39.4. dice:

> *Qui nondum certus de quantitate hereditatis, persuadente emptore, quasi exiguam quantitatem eam vendidit, bonae fidei iudicio conveniri, ut res tradat vel actiones mandet, non compellitur suo quoque iure eorum persecutionem habet.*

Un heredero, que no sabe todavía con certeza el monto de la herencia, es persuadido por un comprador a vendersela, haciéndole creer que sea exigüo. Si después el comprador lo convoca en juicio con una acción de buena fe (*iudicio bonae fidei*), entendiéndose claramente que la referencia es a la *actio empti*, no estará obligado a trasmitirle las cosas o a cederle las acciones hereditarias, conservando en base a su propio derecho la facultad de perseguirlas.[57]

La segunda constitución también corresponde a un rescripto emanado en el año 230 d.C. en C.4.39.6, donde se señala:

> *Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. Sed quoniam con-*

tractus fidem fregit, ex empto actione conventus, quanti tua interest, praestare cogitur.

El vendedor de la herencia permanece dueño de las cosas hereditarias hasta el momento de entregarlas al comprador, y por lo tanto, si antes de la entrega las vende a otros, puede transferirles su propiedad. Pero, como ha infringido la buena fe del contrato de compraventa de herencia, él puede ser llamado en juicio con la *actio ex empto* y constreñido a indemnizar al comprador por lo que es de su interés.

La violación al principio de la buena fe contractual por parte del vendedor es la causa por la que al comprador se le otorga el ejercicio de la *actio ex empto,* para ser indemnizado.[58] Tal texto puede compararse con el de Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21. tratado anteriormente (§ III g), en donde se plantea una hipótesis semejante; si bien en la constitución C.4.39.6. el vendedor realiza la venta de cosas de la herencia a un tercero antes de la entrega de la misma, en el caso considerado por el jurista el bien vendido se había obtenido después de la entrega de la herencia al comprador. Tanto en uno u otro caso no se pone en duda la titularidad del vendedor para realizar tal acto, porque, como bien se indica en la constitución, antes de la entrega al comprador de la herencia permanece dueño de las cosas y por lo tanto puede transferir su propiedad a un tercero.

Otra diferencia radica en el ejercicio de la acción que realizará el comprador para exigir la indemnización, con Paulo se habla de una *stipulatio,* y por lo tanto la acción correspondiente será la *ex stipulatu;* no obstante, en la constitución de Alejandro Severo no se hace mención a ninguna *stipulatio,* proponiéndose la acción referente al contrato consensual. De lo anterior deriva que en tal época la obligación del vendedor de entregar los bienes de la herencia al comprador podía establecerse o en una *stipulatio* o dentro del propio contrato consensual; y por lo tanto, conforme a la causa que originase la obligación, el comprador podía utilizar la acción que correspondiese.

Bajo el perfil que nos interesa, en ambas constituciones se puede encontrar una importante confirmación de las opiniones expresadas por los juristas contemporáneos Ulpiano y Paulo que hemos analizado en el presente parágrafo. En tales constituciones en efecto se aprecia el empleo de la acción de compra para obtener por parte del vendedor la obligación de transmitir las cosas y acciones objeto de la herencia, indicándose que tal obligación nacía directamente del contrato consensual sin necesidad de una *stipulatio.*

VI. Relaciones entre *stipulationes* y contrato consensual en la venta de herencia. El ambito de aplicación de la autonomía negocial de las partes

El cuadro resultante de los textos clásicos examinados en los parágrafos anteriores puede resumirse de la siguiente manera.

a) Labeón es el jurista más antigüo (inicio del I siglo d.C.) que hace referencia (D.45.3.20.1) a una *stipulatio* que tiene por objeto el pago del precio por parte del comprador de una herencia. Este jurista o Javoleno, que en el mismo siglo epitomó los *posteriores* labeonianos, menciona el ejercicio de la acción de venta en D.18.4.24. para conseguir un legado. Al final de tal siglo Aristón (D.32.95.) nos habla de *stipulationes emptae hereditatis*, cuyo contenido era la entrega del dinero y de otras cosas que formaban la herencia vendida.

b) En la primera mitad del II siglo d.C., mientras Celso en D.50.16.97 hace aún referencia al formulario de la *stipulatio emptae hereditatis,* Juliano nos expone una situación más compleja sobre las obligaciones del vendedor y del comprador de una herencia: en D.18.4.18. la obligación del comprador de rembolsar al vendedor las sumas pagadas a causa de la herencia podía nacer de una *stipulatio* o simplemente del contrato consensual; en D.18.4.2.15. sólo éste último se indica como fuente de tal obligación; en D.15.1.37 pr. la obligación del vendedor de entregar al comprador todo el dinero (y otras cosas) que le hubiese llegado *ex hereditate* resulta incluída en una *stipulatio emptae hereditatis,* mientras en D.17.1.14 pr. y en D.19.1.13.5. nacen del contrato consensual respectivamente la obligación

del vendedor de ceder al comprador las acciones hereditarias y la obligación del comprador de rembolsar la diferencia del precio de venta de la herencia a causa de la sustracción de las *res hereditariae*.

c) Hacia mediados del II siglo d.C. las Instituciones de Gayo (2.252 y 2.257) consideran todavía en uso las *stipulationes emptae et venditae hereditatis,* con la finalidad de constituír respectivamente las obligaciones del vendedor de transferir al comprador todo lo que le hubiese llegado a causa de la herencia y el ejercicio de las acciones hereditarias y las obligaciones del comprador de rembolsar al vendedor todas las sumas pagadas *hereditario nomine* y de defenderlo en los juicios que tienen como causa la herencia.

d) En la segunda mitad del II siglo d.C. Africano (D.18.4.20 pr.) considera suficiente el contrato consensual para la obligación de la transmisión al comprador de todo lo que el vendedor hubiese adquirido *ex hereditate,* mientras en D.44.4.17.2; Escévola trata de un caso en el cual el precio de la herencia formaba objeto de una *stipulatio.*

e) En el inicio del III siglo d.C. los juristas y la Cancillería de los emperadores Severos hablan indiferentemente de *emptio venditio* consensual y de *stipulationes* como fuente de las obligaciones del vendedor y del comprador de una herencia. La obligación del primero de *restituere* lo que hubiese obtenido *ex hereditate* resulta incluída en una estipulación en Ulpiano D.45.1.50.1. y en Paulo D.18.4.21. y como efecto natural del contrato consensual en Ulpiano D.18.4.2.2. y D.17.1.14.1; la obligación del comprador de rembolsar los *damna hereditario nomine* deriva directamente del contrato consensual en Ulpiano D.18.4.2.11; D.18.4.2.13. y D.18.4.2.19. y en Paulo D.3.3.42.2, mientras la configuración de la correspondiente responsabilidad frente a los acreedores hereditarios podía, según el rescripto del emperador Caracalla (C.4.39.2.), establecerse en una *stipulatio* o también en un *pactum in continenti* inmerso en el contrato consensual. Finalmente los rescriptos de Alejandro Severo en C.4.39.4. y 4.39.6. consideran que el vendedor está obligado a transmitir las cosas y las acciones hereditarias en base solamente del contrato consensual.

Del cuadro que se acaba de exponer podemos apreciar que parece poco fundamentada la opinión de Lenel y de la mayoría de la doctrina moderna, si bien en un primer momento la llegué a considerar convincente[59] por los argumentos que sobre el tema he mencionado. La riqueza de soluciones que nos ofrece la jurisprudencia clásica, seguramente desde la época de Juliano y quizá ya desde Labeón, sobre la posibilidad por las partes de una compraventa de herencia de emplear bien el contrato consensual o bien las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* para determinar sus propias obligaciones hace difícil pensar en una obra tan incompleta y confusa por parte de los compiladores de Justiniano, que habrían interpolado sólo algunos textos, olvidándose totalmente de otros. No se explicaría tampoco por qué en el mismo título 18.4. habría sido manipulado sólo el fragmento 2 de Ulpiano y no los de Labeón / Javoleno, de Juliano y de Africano. También el argumento de la posición del libro 49 a Sabino en la parte del comentario de Ulpiano relativa a la materia de las *stipulationes* no resulta por sí suficiente. La admisión que Sabino en aquella parte de su exposición del *ius civile* tratase de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, no excluye que Ulpiano comentándola podría haberse referido a la práctica de su época en la cual estaba prevaleciendo una orientación en favor del sólo uso del contrato consensual en lugar de las estipulaciones accesorias a éste.

Respecto a la opinión de Talamanca, los textos clásicos nos señalan que, almenos desde Juliano, las *stipulationes* no representaban un modo de ejecución de todas las obligaciones de las partes, sino sólo de algunas, que serán determinadas por las mismas.

Las fuentes clásicas nos dan una posible solución del problema de las relaciones entre el contrato consensual y las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* en la venta de herencia consistiendo, según nuestra opinión en la siguiente.

En base a la postura de Arangio-Ruiz que prevalece aún en doctrina,[60] todas las especies de *emptio venditio* consensual en un origen se fundamentaban en *stipulationes*, porque cuando las partes trataban de dar forma stipulatoria al convenio

que estaban por hacer, la voluntad común no podía producir efectos jurídicos antes de ser expresos en la forma preestablecida.[61] Esta hipótesis podría confirmarse claramente en nuestra institución.

Labeón y Aristón, hablando de estipulaciones que tenían por objeto respectivamente el pago del precio y la entrega de sumas y de otras cosas hereditarias, hacen pensar que al inicio y durante el siglo I d.C. la venta de herencia podía realizarse simplemente mediante *stipulationes* o, bien celebrándose el contrato consensual, las obligaciones del vendedor y del comprador eran absorbidas en estipulaciones. No obstante, el texto D.18.4.24. del mismo Labeón, si no fue retocado en este punto por Javoleno, ya manifiesta el empleo en la práctica del contrato consensual, almenos como fuente de algunas obligaciones de las partes.

En este cuadro puede colocarse la posición que las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* tenían originariamente en los *Libri iuris civilis* de Masurio Sabino. Si el jurista trataba de éstas entre otras formas de *stipulationes*, es posible que en su época una compraventa de herencia se realizase principalmente a través de tal medio.

Una fundamental inovación se aprecia claramente en Juliano, que reconoce la misma importancia al contrato consensual y a las estipulaciones para plantear algunas obligaciones del comprador y del vendedor de una herencia. De los casos tratados por este jurista resulta que las obligaciones de pagar el precio y de entregar la herencia no eran ya expresadas en *stipulationes*, deduciéndose necesariamente por lo tanto que nacían del contrato consensual. Las estipulaciones se dirigían a regular diferentes y específicos aspectos de las relaciones obligatorias entre las partes, como el *restituere quod ex hereditate pervenerit* del vendedor, a que se refiere en la misma época también Celso, o bien, en alternativa al contrato consensual, la indemnización por parte del comprador de los gastos *hereditario nomine*.

Desde tal momento hasta el final de la época clásica las opiniones de los juristas y de la Cancillería imperial continuaban a manifestar la igualdad entre los dos tipos de contrato como

fuente de obligaciones del vendedor o del comprador de la herencia, reflejando sin duda las aplicaciones de la práctica. Como hemos visto, una misma obligación resulta formar objeto de una *stipulatio* accesoria o de simples cláusulas del contrato consensual y la elección entre la primera o la segunda forma dependía exclusivamente de la autonomía negocial de las partes. El texto de Paulo en D.18.4.21, que hemos apreciado en el parágrafo 3, nos indica que tales estipulaciones accesorias podían ser celebradas no sólo al momento de realizarse el contrato consensual, sino en un tiempo sucesivo, y que en base al momento de su celebración se hacían derivar diversas consecuencias jurídicas. Sólo al final de la época clásica una constitución del emperador Caracalla (C.4.39.2.) parecería expresar un uso más difundido de los *pacta in continenti* en el contrato consensual en lugar de las *stipulationes* accesorias, y, en efecto, en el Gayo de Autún 2.68, si bien se habla de estipulaciones, la responsabilidad de las partes en la compraventa de herencia resulta, como hemos visto en el parágrafo 2, regulada por un *iudicium bonae fidei,* es decir la acción naciente del contrato consensual.

El desarrollo histórico mostrado anteriormente no está en contradicción con lo que dijo Gayo en Inst. 2.252, porque él se limitó a hacer referencia a las *stipulationes* típicas empleadas en su época por las partes en una compraventa de herencia que establecía el contenido de algunas obligaciones inherentes al ámbito de las relaciones patrimoniales entre ellas derivantes del contrato. No existen en sus palabras indicios de los que podrían resultar que estas estipulaciones sean el sólo medio para realizar tal venta; por el contrario, la falta de referencia a las obligaciones del pago del precio y de la transmisión de la herencia representan un claro indicio de la accesoriedad de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* a una *emptio venditio*, como hemos apreciado anteriormente comentando los textos de Juliano. El testimonio de Gayo y de los comentarios sucesivos a su obra son importantes bajo dos puntos de vista. Bajo el primero, la referencia al empleo de las estipulaciones al momento, en el cual los fidecomisos fueron legalmente protegidos (época del emperador Augusto), prueban su existencia

y aplicación concreta en este periodo. Bajo el segundo punto de vista, los textos gayanos nos permiten conocer la substancia del formulario típico de estas *stipulationes* creado por la obra de la jurisprudencia y del edicto del pretor. De tal formulario típico hemos encontrado una importante confirmación por Celso en D.50.16.97; Juliano en D.15.1.37. pr. y Ulpiano en D.45.1.50.1.

No obstante, el empleo de un formulario típico no parecería razón suficiente para concluír que existía una *stipulatio emptae hereditatis*, donde se encontraban todas las obligaciones del vendedor de la herencia, y una *venditae hereditatis* relativa a todas aquellas del comprador.[62] El cuadro de las fuentes jurídicas nos indica una variedad de contenido de estas estipulaciones, que las partes podían establecer en el ejercicio de su autonomía contractual. Esta consideración y la referencia de Aristón a *stipulationes emptae hereditatis* podrían hacer pensar en la existencia no de una, sino de más *stipulationes emptae* o *venditae hereditatis,* cuyo contenido hubiese sido determinado a través de la aplicación práctica, pudiéndose modificar por las partes según sus exigencias. Y al final de la época clásica tales estipulaciones habrían podido transformarse en simples cláusulas del contrato, como parecerían señalar los textos de Paulo, Ulpiano y los rescriptos imperiales.

La evolución aquí descrita se presenta como un evidente paralelismo respecto a la evolución de la *emptio venditio* consensual de la época clásica, donde la consensualidad se sustituye a las estipulaciones para determinar la obligación de pagar el precio y de entregar la mercancía, y éstas últimas permanecen en el ámbito del contrato consensual con la finalidad de establecer las obligaciones del vendedor en caso de evicción y de vicios ocultos de la *merx* (exceptuando el caso de esclavos y de animales *quadrupedes*).[63] Y en época tardoclásica parece ya manifestarse una desvalorización de tales *stipulationes* en favor de la consideración de las correspondientes obligaciones como efectos naturales del contrato.[64]

En consecuencia de la reconstrucción que se acaba de exponer resulta que las partes, en el establecimiento de las cláusulas del contrato que querían realizar, podían utilizar las

stipulationes emptae et venditae hereditatis o los *pacta in continenti* incluídos en el contrato consensual. Dentro de los textos clásicos se aprecian los siguientes ejemplos, que tendremos ocasión de profundizar en los próximos capítulos, donde la elección de una o de otra forma es dejada a la autonomía de las partes:

1) No exigibilidad de la garantía de evicción.

Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.pr[65] expresa la posibilidad de que el comprador y el vendedor de la herencia hayan establecido que el primero no tenga ni más ni menos derecho del que habría de tener el heredero, no exigiéndose en tal caso la garantía por evicción (*Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat quam apud heredem futurum esset).*

2) El determinar la magnitud de la herencia y el momento en que se considere la misma.

Como analizaremos en el próximo capítulo sobre el objeto de la venta (§ IV), el texto de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.1. indica los momentos en que las partes podían determinar el monto de la herencia (*in hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit cum aditur hereditas, an ea quae fuit cum hereditas venumdatur, videndum erit)*, prefiriendo Ulpiano como primera opción lo determinado por las partes al señalar *et verius est hoc esse servandum quod actum est.*[66]

3) Posibilidad de configurar el contrato como aleatorio.

El vendedor y el comprador de la herencia podrán convenir que el primero vende aquello a lo que tuviese derecho y que no responderá de nada más; esto en caso que se quiera vender una expectativa de herencia.[67] En el texto de Javoleno, *libro secundo ex Plautio* D.18.4.10. apreciamos la existencia del acuerdo *si quid iuris esset venditoris,* por el que el vendedor se obliga sólo a lo que tiene derecho, no siendo responsable de nada más frente al comprador. En el texto de Ulpiano, *libro trigesimo secundo ad edictum,* D.18.4.11. vemos la cláusula *si qua sit hereditas, est tibi empta*, así como en el texto de Paulo, *libro quarto decimo ad Plautium,* D.18.4.13. donde se señala el

acuerdo en lo que el comprador tendrá derecho si el vendedor lo tuviese.

4) Excepción de determinado objeto.

El vendedor de la herencia podrá convenir que entregará la misma haciendo excepción de determinado objeto; tal situación se puede apreciar en los textos de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.12, 13 y 14., donde se menciona que el vendedor de la herencia exceptúa dentro de la misma respectivamente a un esclavo con peculio y sin peculio y unas casas, y de Labeón, *libro secundo pithanon* D.18.4.25, que trata el caso de la excepción de un fundo hereditario.[68] Para exceptuar tal elemento del patrimonio hereditario podríamos considerar como necesaria la manifestación por las partes de una *stipulatio* o una *lex dicta* por el vendedor, en la que el comprador se obliga a recibir la *hereditas* sin inclusión de tal elemento.

5) Exclusión de la responsabilidad frente a los acreedores hereditarios.-

De la constitución del emperador Caracalla en C.4.39.2. se puede observar la posibilidad de las partes de acordarse, mediante *pactum* o *stipulatio* para que el vendedor excluya su responsabilidad frente a los acreedores hereditarios, asumiéndo el comprador una responsabilidad directa y exclusiva.

A esta constitución podemos anadir otra emanada por los emperadores Severo y Antonino en el año 202 d.C. y recogida en C.2.3.2. Su contenido es:

> *Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emptores actiones suas movisse probare potueris eosque eas spontanea suscepisse voluntate, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis.*

La constitución contiene la respuesta de los emperadores a un vendedor de una herencia, diciéndole que, si pudiese probar que los acreedores hereditarios instauraron el juicio contra los compradores de la misma y estos lo aceptaron espontáneamente, podrá correctamente defenderse con una *exceptio pacti taciti.*[69]

El texto puede examinarse con referencia: *a*) a las relaciones entre acreedores hereditarios de un lado, y vendedor y compradores de la herencia por el otro lado; *b*) a las relaciones obligatorias entre éstos dos últimos.

En lo que respecta al punto *a*) el caso aquí tratado implica que las acciones ejercitadas por los acreedores contra los compradores quedan sin efecto o porque el juicio fue perdido o porque no fueron ejecutadas. Por lo tanto los acreedores se dirigen hacia el vendedor que goza de una *exceptio pacti taciti* contra ellos.[70]

Relativamente al punto *b*) la expresión *spontanea voluntate suscipere* indica que los compradores de la herencia aceptaron el juicio sin ser obligados, como por el contrario resultaría si hubiesen concluído la *stipulatio venditae hereditatis* mencionada por Gayo en Inst. 2.252. Este segundo punto interesa a nuestra investigación porque demuestra que en tal caso las partes habían acordado de modo de excluír la obligación de los compradores de defender en juicio al vendedor.

CAPÍTULO 2

EL OBJETO EN LA COMPRAVENTA DE HERENCIA

In hoc capitulo requisita, quae in hereditate vendita sunt, putabo. Examinabo primum an possit venire hereditas eius, qui vivit aut nullus sit, deinde an veniat spes hereditatis ac aliena hereditas. Postea notaturus sum quae quantitas in hereditate vendita spectetur.

SUMARIO: I. *La existencia del objeto.* II. *Venta de esperanza de herencia.* III. *La venta de herencia ajena.* IV. *La determinación del monto de la herencia.*

I. LA EXISTENCIA DEL OBJETO

El objeto en la venta de herencia es la *hereditas,*[71] cuyo carácter de cosa incorporal[72] en el derecho romano clásico permitía que se entendiese como una mercancía (*merx*),[73] debiendo pertenecer a una persona muerta que hubiese existido para que la prestación sea posible; dicha afirmación se aprecia en el texto de Pomponio, *libro nono ad Sabinum* D.18.4.1, que dice:

> *Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit.*

Si se vendiese la herencia de aquel que vive o que no existe, no hay nada de hecho porque no existe en la naturaleza de las cosas lo que haya sido vendido.[74] El presente texto estaba incluído en aquella parte del comentario a los *libri iuris civilis* de Sabino, en donde se trataba de la problemática relativa a la existencia del objeto en la compraventa consensual, como es manifestado también por otro pasaje del mismo Pomponio, en

el mismo libro noveno *ad Sabinum* D.18.1.8 pr: *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi* (no podrá entenderse que exista compra ni venta sin una cosa que se venda).[75] Que Sabino se ocupase en su obra de esta problemática resulta también de un texto de Paulo, *libro quinto ad Sabinum*, D.18.1.15.pr, que dice: *Et si consensus fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est.* Paulo expresa que, aunque se hubiese consentido en el objeto, si éste dejase de existir antes de la venta, la compra es nula. Su opinión hace pensar en un consentimiento en el objeto previo al perfeccionamiento del contrato de venta, pero que perece antes de tal perfeccionamiento, con la consecuencia que no tendría efectos jurídicos la venta por falta de objeto.

De D.18.4.1. se desprende que la herencia de una persona que vive o que no ha existido no puede ser objeto del contrato de venta; la causa que manifiesta Pomponio respecto a tales presupuestos es lógica: *quia in rerum natura non sit quod venierit.* Analizando el presente texto *a contrario sensu,* encontraremos que la herencia para que pueda ser objeto de compraventa requiere de dos presupuestos esenciales que son:

a) que la persona, de cuya herencia se trata, sea real y que además haya fallecido, y por lo tanto:

b) que dicha herencia exista.

Vamos a considerar singularmente los dos presupuestos.

Con referencia al punto a), no es posible contratar respecto a la herencia de una persona que nunca existió, porque esto ocasionará que no exista tampoco su *hereditas*. Respecto a la herencia de una persona viva no puede hablarse de una *hereditas* ni de un heredero que la haya adquirido y que por lo tanto tenga la titularidad de la misma.[76] Esta consideración tiene relevancia en lo referente a la imposibilidad en el derecho romano clásico de celebrar pactos sucesorios, por el hecho de que el objeto materia de los mismos no existe jurídicamente, requiriendo la *hereditas* para ser motivo de acuerdo de los presupuestos anteriores. Así también cuando se hace una venta de

esperanza de herencia, podrá realizarse tal siempre y cuando corresponda a una persona real y fallecida, como se apreciará en el siguiente parágrafo del presente capítulo. Esta misma razón explica también la imposibilidad de la *usucapio pro herede* sobre el patrimonio de una persona viva aunque el poseedor creyese que fuese muerta.[77] Tales causas determinan la nulidad de la compraventa de la herencia de una persona que todavía vive, pasando a segundo término las razones fundamentadas en la inmoralidad del negocio o en la contravención de las buenas costumbres.[78]

En doctrina[79] se ha considerado como una posible excepción a tal principio el texto de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.2, que dice:

> *Illud potest quaeri, si etiam impuberi sit substitutus is qui vendidit hereditatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hereditate ad eum qui vendidit hereditatem pervenit, ex empto actioni locum faciat. et magis est, ne veniat, quia alia hereditas est: licet enim unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est. plane si hoc actum sit, dicendum erit etiam impuberis hereditatem in venditionem venire, maxime si iam delata impuberis hereditate venierit hereditas.*

Ulpiano se pregunta si el vendedor de la herencia del testador, siendo también sustituto del hijo impúber del mismo, sea obligado a transferir al comprador también la herencia del impúber, teniendo lugar en caso contrario la acción de compra. Y considera como solución mejor que no sea obligado, porque, aún cuando el testamento sea uno, se trata de dos distintas herencias (*et magis est, ne veniat, quia alia hereditas est: licet unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est).* Sin embargo, si el vendedor y el comprador han así acordado, también la herencia del impúber viene incluída en la venta, sobre todo si la herencia se haya vendido cuando ya la del impúber se hubiera deferido (*maxime si iam delata impuberis hereditate venierit hereditas).*

El caso habla de una *pupillaris substitutio,* en la que el vendedor, aparte de ser heredero del *de cuius,* es nombrado sustituto del impúber que muere antes de la *pubertas.* En la primera parte del texto Ulpiano, en ausencia de un acuerdo distinto de las partes, niega la posibilidad de que se incluya la herencia del impúber entre los *lucra,* que el vendedor de la herencia del testador está obligado a transmitir al comprador, porque son dos herencias independientemente de que el testamento sea uno, (*unum testamentum duarum hereditatum);* por un lado, la herencia del padre del impúber que se vende y por otro lado, la parte del patrimonio que correspondería al impúber. No obstante, tal opinión será válida siempre y cuando las partes no hubieran manifestado lo contrario, pudiéndose incluír en el acuerdo las dos herencias.

Hasta aquí no resultan excepciones al principio de que la herencia deba ser de una persona real y fallecida, por el hecho de que las partes podían acordar que la inclusión de la herencia del impúber tuviese como presupuesto que él fuese muerto. Pero, al final del texto se dice que normalmente las partes convenían incluír también la herencia del impúber cuando ya ésta se hubiera deferido, admitiéndose de modo implícito la posibilidad de que el comprador y el vendedor celebrasen una compraventa, cuyo objeto fuese una herencia todavía no deferida (*hereditas nondum delata);* en otras palabras, la herencia del impúber todavía vivo. La tradición jurídica anterior resolvió la cuestión identificando en el adverbio *maxime* un pleonasmo o interpretándolo en el sentido de ciertamente.[80] Por el contrario Donelo[81] atribuyendo a tal adverbio su significado habitual de "sobretodo", explicó la afirmación del jurista en el siguiente modo: se haría referencia a la posibilidad de celebrar acuerdo sobre la venta de herencia del impúber muerto, cuando la sustitución pupilar era bajo condición y ésta no se hubiera verificado todavía. Hoy en día la doctrina prefiere hablar de corrupción del presente fragmento, pero excluyendo la intervención compilatoria con la finalidad de admitir la venta de una *hereditas nondum delata.*[82] Al no aceptar dichas posturas, el presente texto podría entenderse sólo como admisión de la posibilidad de configurar la venta de herencia pupilar como

aleatoria (en la forma indicada por Ulpiano en D.18.4.11. mencionado en el § siguiente) a la luz de las características de la sustitución pupilar que surgió como una necesidad a que, siendo el pupilo incapaz en razón de la edad para hacer testamento, pudiese en su lugar realizarlo el *pater*, evitando así la sucesión intestada.[83]

Otra excepción a la imposibilidad de realizar la contratación de la herencia de una persona viva es habitualmente indicada en el presente texto de Paulo, *libro trigesimosecundo ad edictum* D. 17.2.3.2,[84] que dice:

> *De illo quaeritur, si ita societas, ut, si qua iusta hereditas alterutri obvenerit, communis sit,quae iusta hereditas, utrum quae iure legitimo obvenit, an etiam ea, quae testamento? Et probabilius est, ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere.*

Si la sociedad se hubiere constituído manifestándose lo siguiente: que si alguna justa herencia hubiere correspondido a alguno sea común, Paulo se pregunta que herencia justa se entenderá, si la que corresponde por derecho legítimo o si también la que corresponde por testamento. Y según su opinión será más probable, que ésto solamente se refiera a la herencia legítima.

Si bien es cierto el caso no hace referencia a una venta de herencia, sino a un problema de contribuciones en un contrato de sociedad, su análisis se presenta interesante también para nuestras finalidades, porque implica la posibilidad y licitud de celebrar contrataciones que tenían como objeto herencias futuras configurándolas como aleatorias.

En la redacción actual del texto la sociedad que considera Paulo es la *unius rei*, por la que las partes determinan la cláusula *ut si qua iusta hereditas alterutri obvenerit, communis si.*[85] Del contexto resulta claro que la herencia de la cual se trata no era ya existente y que pertenecía a una persona indeterminada. En el contrato existe por lo tanto una condición con carácter aleatorio por la que las partes, en caso de que obtuviesen una herencia, tendrían que incluírla en la sociedad. En

nuestra opinión, parece difícil considerar tal cláusula como una excepción porque no se ha indicado la persona causante de la *hereditas*. Al contrato se ha añadido una condición que puede o no llevarse a cabo, y que se haría efectiva en el momento en que cualquiera de los socios hubiese adquirido la herencia como heredero. Por el contrario, sería una excepción si se hubiese manifestado por las partes los nombres de los causantes, porque tal situación ocasionaría que el negocio jurídico tuviese como objeto herencias de personas todavía vivas. En virtud de la naturaleza aleatoria de esta cláusula tal contrato de sociedad tendría plena validez, comprobándose la condición en el momento en que alguno de los socios entrase en el complejo jurídico de un difunto.

En lo que respecta a la opinión de Paulo que se debe entender sólo la herencia legítima y no la testamentaria, Arangio-Ruiz[86] la justifica fundamentándola en que los socios conocían sus respectivas parentelas, por lo que tenían mayor posibilidad de obtener tales herencias que aquellas relativas a extraños. Tal opinión no es persuasiva, porque si bien los familiares hubiesen podido designar a alguno de los socios heredero *ab intestato*, no existirían razones para negarles la posibilidad de que los mismos lo realizasen en vía testamentaria.

La solución debe probablemente encontrarse en la misma *ratio iuris* que impedía de realizar negocios jurídicos con herencias no deferidas. En efecto la inclusión de posibles herencias testamentarias habría implicado que personas que no habían sido determinadas lo fuesen plenamente, porque se estaría disponiendo de sus patrimonios si bien todavía no deferidos. De tal situación Paulo admite como más probable la solución que se incluya únicamente la herencia legítima.

b) El segundo presupuesto esencial, como consecuencia del primero, que deriva del texto de Pomponio D.18.4.1, es que la herencia exista, tanto física como jurídicamente hablando; que el *de cuius* haya dejado una herencia al heredero, y que la misma haya pertenecido a una persona que tuviera capacidad para tal acto, o sea la *testamenti factio activa*.[87]

A la existencia de la herencia vendida se refieren otros dos textos, de Javoleno, *libro secundo ex Plautio* D.18.4.8. y de

Paulo, *libro quarto decimo ad Plautium* D.18.4.7,[88] que no obstante ocasionan ciertas dudas sobre la validez del contrato en caso de que falte la *hereditas*. En el primero se señala:

> *Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore consequatur.*

En caso de que al vendedor no pertenezca alguna herencia, para determinar la indemnización del comprador, el jurista distingue entre dos diversas situaciones. Si existe una herencia, pero no pertenece al vendedor, el comprador será indemnizado con una suma igual al valor de tal herencia; si por el contrario no había alguna *hereditas* como objeto del negocio, el comprador tendrá derecho a ser rembolsado, mediante la *actio empti*,[89] del precio pagado y de los gastos (*quid in eam rem impensum est)* y, como veremos dentro de breve en D.18.4.9., el *id quod interest* del comprador.

En el texto de Paulo, cuya parte central analizaremos en el próximo inciso, porque hace referencia a la venta del alea, en lo que en este momento nos interesa se dice lo siguiente:

> *Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio...quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur.*

El jurista afirma que cuando alguno vendió una herencia, ésta debe existir para que haya compra; si no existe, el contrato es nulo, y el adquirente que pagó el precio puede repetirlo con una *condictio.*

Como es evidente, los dos textos hacen derivar diversas consecuencias jurídicas de la compraventa de una herencia que después resulta inexistente. Javoleno se expresa en favor de la existencia de tal contrato, puesto que otorga al comprador la *actio ex empto* con la cual podía obtener la restitución del

precio, el rembolso de los gastos y la indemnización de los daños-intereses.[90] Por el contrario Paulo está de acuerdo con la opinión de Pomponio, en D.18.4.1., negando tal existencia y consecuentemente prevee que el comprador ejercite la *condictio* para exigir el dinero pagado como precio.

Además en el orden de los fragmentos del título D.18.4. el texto de Javoleno resulta estrechamente unido con el siguiente D.18.4.9. del mismo Paulo, *libro trigesimo tertio ad edictum*, cuyo contenido muy breve incluye en la indemnización también el *id quod interest* del comprador al decir: *Et si quid emptoris interest.* Las presentes palabras se encuentran en oposición a lo que el mismo jurista afirma en D.18.4.7., puesto que reconociendo tal derecho del comprador parecerían admitir la validez del contrato. Esta oposición entre los dos textos de Paulo ha sido diversamente explicada por la doctrina,[91] también si ninguna hipótesis puede llegar a conclusiones seguras, puesto que es imposible reconstruir con certeza el contexto originario en el comentario al edicto de donde D.18.4.9. fue extraído.

En lo referente a nuestra investigación del análisis de dichas fuentes es suficiente apreciar que el problema de la existencia del contrato de compraventa de una herencia que el vendedor afirmaba pertenecerle, pero *quae non est,* fue discutido por la jurisprudencia clásica almenos desde Sabino y Plauto, cuyas obras fueron comentadas sobre tal punto por Javoleno, Pomponio y Paulo.[92] La problemática presenta aspectos similares a la venta de *res extra commercium* o de hombres libres considerados como esclavos.[93]

Las dos soluciones expresadas por Javoleno, de un lado, y Pomponio y Paulo, por el otro, reflejan dos diferentes líneas de pensamiento frente a la misma situación: la primera más sensible a las exigencias de protección a la buena fe, reconociéndosele al comprador el derecho de una indemnización más amplia, que incluya los gastos y los daños; la segunda más rigorosa, que otorgaba al comprador la acción *stricti iuris* únicamente para la repetición del precio. La actitud de buena o mala fe del comprador podía quizá ser el criterio sobre el cual se fundamentaba una u otra solución, según la misma linea de

pensamiento ya configurada para la venta de un *homo liber* como esclavo.[94] De todos modos, los textos aquí examinados no permiten proponer respuestas ciertas ni establecer que orientación prevaleció. Del hecho que ambas se encuentran todavía en el título 18.4. del Digesto, podríamos deducir que en toda la época clásica existieron paralelamente las dos posturas y que aún en la edad de Justiniano las dos soluciones fueron consideradas como válidas.

Finalmente, en base a los casos ya vistos en el capítulo anterior podemos observar que la herencia que debe existir podrá ser vendida:

a). En su totalidad por el heredero único: por ejemplo, *si Titius Maevi hereditatem Seio vendiderit* o *si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris.*[95]

b). A un tercero por cualquier coheredero en lo referente a su porción hereditaria.[96]

c). Entre coherederos en lo referente a las relativas porciones: por ejemplo, *si fideiussori duo heredes extiterint et alter eorum a coherede emerit hereditatem...*o *ex quadrante heres scriptus a coherede ex dodrante instituto emit portionem.*[97]

Con referencia a cuanto se ha dicho acerca de la imposibilidad de configuración de una *emptio venditio hereditatis* en ausencia de los dos presupuestos apenas examinados, surge la cuestión de si se pueda y como se pueda admitir una compraventa de esperanza de herencia.

II. Venta de esperanza de herencia

Los textos de D.18.4.1; 18.4.7; 18.4.8 y 9 analizados en el inciso anterior se referían a una herencia que el vendedor afirmaba existente en el momento de la conclusión del contrato y que después podía resultar inexistente.[98] Pasemos ahora a examinar los pasajes de los juristas en donde la compraventa tiene como objeto "una esperanza de herencia".

Como es notorio, la posibilidad de realizar una compraventa de cosa futura es claramente expresada por Pomponio, *libro*

nono ad Sabinum D.18.1.8.pr.-1, sobre el cual la doctrina moderna se ha fundamentado para distinguir entre una venta de cosas futuras (*emptio rei speratae*) y una *emptio spei* en que la esperanza resulta ser el objeto de la venta.[99] Visto que la venta de herencia es una especie de la venta en general, surge la problemática de examinar si en los textos jurídicos de nuestra materia se encuentran casos de una y otra figura.

La posibilidad de realizar una *emptio rei speratae* no es considerada por las fuentes, resultando totalmente excluída por los presupuestos analizados anteriormente (§ I) en el texto de Pomponio D.18.4.1, confirmados por Javoleno y Paulo respectivamente en D.18.4.8. y D.18.4.7, así como por la ilícitud de los pactos sucesorios.

Por el contrario existen textos donde parecería posible realizar una venta de herencia como *emptio spei*. Esto puede observarse en cuatro fragmentos que hacen parte de una única cadena de textos D.18.4.7-13, en donde se tratan las diversas cuestiones relativas a una *hereditas* como objeto de compraventa. Estos cuatro fragmentos, pertenecientes a tres diversos juristas, no tienen contenido idéntico, haciendo surgir algunos problemas que intentaremos de solucionar. Comenzaremos con el texto de Javoleno del siglo I d.C., que consideraría tal posibilidad en su *liber secundus ex Plautio* D.18.4.10, señalándose lo siguiente:

> *Quod si in venditione hereditatis id actum est, si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri: quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil tamen eo praestabitur, quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret.*

Javoleno dice que en una venta de herencia las partes podían convenir sobre tal cláusula "que resulta vendido cuál derecho tiene el vendedor sobre la herencia, y que después no responda de nada más"; en este caso, si la herencia no hubiere pertenecido al vendedor, éste no será responsable, porque en base a la voluntad manifestada por las partes, la ganancia del

negocio como el riesgo corresponderían al comprador. Mediante tal cláusula la compraventa de herencia asume carácter aleatorio consistente en que el vendedor desconoce la existencia del derecho sobre la herencia, no obstante vende su esperanza. Si no tuviera derecho a nada, no sería responsable frente al comprador, el cual no obstante sería obligado a pagar el precio. La razón es clara, la ganancia y el riesgo corren a cargo del comprador porque así acordaron las partes.[100]

En inicios del siglo III d.C. Ulpiano, *libro trigensimo secundo ad edictum* D.18.4.11. afirma:

> *Nam hoc modo admittitur esse venditionem "si qua sit hereditas, est tibi empta", et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus.*

Ulpiano acepta la posibilidad de realizar la venta con la siguiente cláusula: "si hay herencia, ha sido comprada para tí". En esta venta el objeto es un *incertum,* el jurista habla de una *spes hereditatis*, haciendo una equiparación entre el presente contrato y el caso de la redada planteado anteriormente por Pomponio en la venta en general (D.18.1.8.1.).[101] Por lo tanto el comprador que haya aceptado realizar una venta con tal cláusula estará obligado a pagar el precio, aún si no existiese ninguna herencia.[102]

En la misma época que Ulpiano, Paulo se ocupa de la cuestión aquí examinada en dos textos aparentemente en oposición. En el primero *libro quarto decimo ad Plautium* D.18.4.7. puede apreciarse una afirmación de la regla general ya expresada por Pomponio en D.18.4.1. Después de la parte que hemos mencionado en el parágrafo 1 (*cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio*), el texto continúa diciendo:

> *...nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur.*

El jurista no considera la posibilidad de que al comprarse la herencia se compre el alea, como en la caza y similares, sino la cosa; si no existe, no se contrae la compra y por lo tanto el precio puede ser exigido mediante una *condictio.*[103] El segundo texto de Paulo, *libro quarto decimo ad Plautium* D.18.4.13. dice lo siguiente:

> *Quod si sit hereditas et si non ita convenit, ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet, tunc heredem se esse praestare debet: illo vero adiecto liberatur venditor, si ad eum hereditas non pertineat.*

Dice el jurista que, existiendo una herencia, si no se hubiera convenido de tal modo que el comprador adquiriera todo derecho que tuviese el vendedor, éste último debe de responder de su carácter de heredero. Por el contrario, una vez añadida esta cláusula al contrato, el vendedor será liberado, si no le pertenece la herencia.[104] De lo que hemos apreciado resulta clara la aparente contradicción entre los dos textos de Paulo, en virtud de que en el texto D.18.4.7. el jurista niega la posibilidad de que se pueda comprar el alea, y en el texto D.18.4.13. manifiesta la irresponsabilidad del vendedor en caso que se incluya en el contrato el pacto *ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet* y después no le pertenezca la herencia. Tal contradicción aparente no existe; porque en el segundo texto Paulo no admite una compraventa aleatoria de una *spes hereditatis* después de haberla excluída en el primer caso, sino parte del presupuesto de que una herencia ya exista *(si sit hereditas)* y que la aleatoriedad concierna simplemente al eventual derecho que el vendedor tuviese sobre esta herencia, señalando la posibilidad de que en tal caso las partes acuerden para que el vendedor transmita al adquirente todo su derecho sobre la herencia.

Recientemente si bien parte de la doctrina tiende a identificar o a unificar los casos examinados por los tres juristas,[105] se ha propuesto[106] una interesante opinión sobre las relaciones entre dichos casos, al afirmar que se trataría seguramente de dos, o quizá de tres diferentes situaciones de aleatoriedad del

contrato creadas por la autonomía negocial de las partes. Una verdadera *emptio spei* se habría realizado sólo en el caso considerado por Ulpiano, en el cual el vendedor realizaría la venta de cualquier herencia que le hubiesen deferido en un cierto término, mientras que Javoleno haría referencia a una venta donde el objeto sería un eventual derecho del vendedor sobre una herencia ya existente, a la falta del cual no surgiría ninguna obligación para el vendedor, sufriendo el riesgo el comprador. En lo que respecta al texto de Paulo en D.18.4.13, resultaría incierto si el caso analizado fuese el del mismo Javoleno u otro, reflejándose en ésta última hipótesis un tercer tipo de compraventa aleatoria.

Examinando los textos expuestos anteriormente, resultaría que dicha opinión tendría que ser compartida en lo referente a la diferencia entre la estructura contractual de los tipos indicados por Ulpiano, de un lado y por Javoleno y Paulo, por el otro. En efecto, mientras que Ulpiano con las palabras *si qua sit hereditas, est tibi empta* se refiere a una herencia que posiblemente exista, los otros dos juristas consideran los eventuales derechos que al vendedor podría tener de una herencia ya deferida, y por lo tanto ya existente (*si in venditione hereditatis id actum est, si quid iuris esset venditoris, venire,* dice Javoleno D.18.4.10, y más explícitamente afirma Paulo D.18.4.13: *si sit hereditas et si non ita convenit, ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet).* Otro argumento en favor de la mencionada diferencia es lo expresado por el mismo Paulo D.18.4.7, al decir que en la venta de herencia no se compra el alea (*nec enim alea emitur):* ¿Cómo explicar esta afirmación, si después en D.18.4.13. admitiría una venta aleatoria en la misma forma que Ulpiano?

Sobre el problema de una eventual identidad o diversidad del carácter aleatorio de los contratos analizados por Javoleno y por Paulo, de la confrontación de los dos textos nos inclinaríamos en favor de la primera solución por los siguientes argumentos. En primer lugar, el formulario de las dos cláusulas resulta sustancialmente igual: *Si quid iuris esset venditoris, venire* y *ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet,* haciéndose referencia al eventual derecho del vendedor a una

herencia deferida. La falta en Paulo de la frase final *nec postea quicquam praestitu iri* no parece relacionarse a una diferencia del carácter aleatorio del contrato, sino probablemente a una mayor precisación en Javoleno de la falta de responsabilidad del vendedor en caso de que no tuviese algún derecho sobre la herencia. En segundo lugar, puede observarse una igualdad de consecuencias jurídicas, estableciéndose para el vendedor la liberación de su obligación y comportando para el adquirente la permanencia de la obligación al pago del precio. Pero, mientras Javoleno explícitamente prevee tal efecto, Paulo no dice nada, ocasionando dudas en doctrina sobre su silencio.[107] No obstante, no existen razones para excluír que este último jurista admitiese la misma consecuencia. No podría parecer que se pudiese buscar una diversa solución en D.18.4.7. y D.18.4.8. de los mismos juristas, donde, como hemos apreciado en el parágrafo anterior, los casos examinados no pueden identificarse con los presentes por la falta de la cláusula aleatoria.

Por lo tanto, en base a dichas consideraciones podemos señalar la existencia en la jurisprudencia clásica de dos líneas de pensamiento sobre la posibilidad de las partes de celebrar una venta de herencia como contrato aleatorio. Una es representada por Ulpiano, que reconoce de modo más amplio la validez de *emptiones spei hereditatis.* Esto no significa que tales ventas se pudiesen desenvolver con referencia a personas vivas o específicamente determinadas; porque, como hemos visto anteriormente, la existencia en vida del titular del patrimonio no permitiría la posibilidad de considerarlo como *hereditas,* su indicación precisa configuraría un pacto sucesorio siendo un absurdo hablar de una herencia faltando el causante de la misma. A causa de la ausencia de noticias (exceptuándose quiza lo que diremos más adelante en el presente inciso sobre D.18.4.12. de Gayo) no es posible aclarar si se trata de una inovación propia de este jurista o si existían ya indicios en juristas anteriores, que Ulpiano después desarrolló de conformidad a exigencias prácticas. La otra línea de pensamiento parecería más antigüa remontándose a Javoleno y transmitiéndose hasta los juristas del III d.C. como Paulo, permitiéndonos de mejor manera el entendimiento de lo que manifestará

éste último en su época; de esto podemos considerar el razonamiento del primero como criterio interpretativo del segundo. Si observamos la opinión de Paulo D.18.4.7, que se expresa en sentido contrario a una venta de herencia en la cual *alea emitur*, esta línea resultaría menos abierta a la posibilidad de una mayor amplitud de la autonomía contractual de las partes en lo que respecta a la compraventa de esperanza de herencia. Es interesante que ambos textos de Javoleno y Paulo correspondan a obras referentes a Plauto, por lo que sería posible considerar que el criterio expresado por los dos juristas fuese manifestado por el mismo Plauto.

Ambas líneas jurisprudenciales concuerdan en el reconocimiento del papel fundamental de la voluntad de las partes que podía realizar el contrato mediante un régimen diverso a lo afirmado en los textos analizados en el parágrafo 1. Naturalmente la validez de las cláusulas anteriores estaba subordinada a la buena fe por parte del vendedor, porque en caso contrario respondería por su dolo, como manifiesta Gayo, *libro decimo ad edictum provinciale* D.18.4.12, texto que se encuentra incluído en el Digesto entre el texto de Ulpiano y el de Paulo:

> *Hoc autem sic intellegendum est, nisi sciens ad se non pertinere ita vendiderit: nam tunc ex dolo tenebitur.*

En la cadena creada por los compiladores el presente texto parecería ser dirigido a explicar la cláusula *si qua sit hereditas, est tibi empta* expresada en el fragmento anterior por Ulpiano.[108] El jurista en efecto consideraría que su validez debería entenderse de este modo: a no ser que el vendedor hubiese realizado la venta sabiendo que no le pertenecía la herencia, puesto que en tal caso se podría considerar su actitud como dolosa. De la posición del presente texto se apreciaría que los justinianeos trataron de unirlo con el anterior como un discurso unitario, si bien es cierto, como fue observado en doctrina,[109] sería mejor referirlo a lo que decía Javoleno en D.18.4.10. De lo anterior podríamos deducir que, si bien no se encuentra la manifestación por parte de Gayo de la cláusula *si qua sit hereditas, est tibi empta,* el hecho de que los compiladores hayan puesto tal texto después del de Ulpiano como si fuese un discurso unitario, haría pensar que Gayo en su *liber decimus ad edictum provinciale* hablaba también de ésta cláusula, expresando quizá una opinión similar a la de Ulpiano. El texto demuestra la aplicación del principio de la buena fe contractual respecto a la compraventa de esperanza de herencia, por el hecho de que el vendedor realiza el contrato desconociendo la inexistencia de la *hereditas* o de sus derechos sobre la misma; en caso contrario su actitud se entendería como dolosa, y por lo tanto como una violación al principio de la buena fe contractual que ocasionaría como consecuencia su responsabilidad con el comprador.[110]

III. La venta de herencia ajena

El hecho de que en la compraventa de herencia, como en la compraventa general el vendedor está obligado a transmitir la posesión y no la propiedad de la mercancía,[111] implica que sea perfectamente válida la compraventa de una herencia ajena, ocasionando la responsabilidad del vendedor frente al adquirente y al verdadero titular de la misma. Ya tuvimos ocasión de analizar los casos de Juliano, *libro quintodecimo digestorum* D.18.4.18[112] y el de Labeón-Paulo, *libro quinto decimo quaestionum* D.45.3.20.1.[113] en que se hacía referencia a la venta por parte de uno de los coherederos de la totalidad de la herencia, no dudándose de su validez. Existe además otro texto, donde el problema de la venta de herencia ajena es tratado por Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.18. pr.,[114] que dice:

> *Item videndum, si possessor hereditatis venditione per argentarium facta pecuniam apud eum perdiderit, an petitione hereditatis teneatur, quia nihil habet nec consequi potest. Sed Labeo putat eum teneri, quia suo periculo male argentario credidit: sed Octavenus ait nihil eum praeter actiones praestaturum, ob has igitur actiones petitione hereditatis teneri. mihi autem in eo, qui mala fide posse-*

dit,Labeonis sententia placet: in altero vero, qui bona fide possessor est, Octaveni sententia sequenda esse videtur.

El texto de Ulpiano toca el problema de que si puede ser demandado por la petición de herencia el poseedor de la misma, que la vendió por mediación de un banquero y perdió por éste el importe del precio, ya que nada tiene y nada puede conseguir. Y opina Labeón que sí es responsable, porque el haberse fiado indebidamente del banquero fue a su riesgo; pero dice Octaveno que no tiene que entregar más que sus acciones, y que sólo por éstas se le puede demandar con la petición de herencia. Al jurista severiano le parece admisible la opinión de Labeón cuando el poseedor sea de mala fe; en cambio, respecto al poseedor de buena fe, prefiere la opinión de Octaveno.

La parte referente al banquero es el medio utilizado por Ulpiano para explicar el grado de responsabilidad que tiene el vendedor de una herencia ajena a favor del heredero, puesto que el precio obtenido no pudo ser restituido a causa de la pérdida por causa del mismo banquero. El texto hace mención de dos opiniones discordantes: por un lado, Labeón considera que el vendedor es responsable frente al heredero pudiendo ejercitar este último la *petitio hereditatis*; por el otro, Octaveno finaliza tal acción para conseguir del vendedor la entrega de las relativas acciones. Ulpiano frente a tales opiniones da una solución ecléctica según la buena o mala fe del poseedor. Ningún jurista duda de la validez de la venta al asta de la herencia ajena, poniendo sólo atención a las consecuencias jurídicas de la actitud del vendedor poseedor. En base a la orientación que prevaleció, su actuación de mala fe ocasiona una responsabilidad directa, siendo irrelevante que no hubiera recibido el precio correspondiente por la venta. En cambio la actuación de buena fe implicará que el poseedor cederá las acciones *hereditario nomine*, por lo que si no hubiera recibido el precio respectivo, le corresponderá al heredero exigirlo y no al vendedor de la herencia.

Otro caso particular, en que resulta que una compraventa de herencia ajena es válida, se manifiesta en Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.20.6. En este caso la herencia

como *caduca* es de propiedad del fisco y los vendedores, cuando actúan de buena fe, no responden frente al mismo de los intereses del precio de las cosas vendidas; sino únicamente del precio, como se aprecia en la siguiente parte del texto:

... hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas idemque in similibus causis servandum...

Ulpiano transcribe el contenido del senadoconsulto *Iuventianum* de la época del emperador Adriano (117 - 138 d.C.) referente a las materias de la *vindicatio caducorum* por parte del fisco contra los particulares y después aplicado también a la *petitio hereditatis* entre particulares.[115] En la presente parte se afirma que, si los que hayan vendido la herencia estimaban de buena fe que eran los herederos, no pueden ser demandados por el fisco para los intereses del dinero percibido por precio, y que lo mismo se debe observar en los casos semejantes. Los que se consideran herederos al realizar la venta serán responsables con el fisco sólo del dinero que hubieren recibido como pago del precio de la venta, teniendo ésta plena validez, sin ser obligados al pago de intereses de la cantidad recibida.

El caso de la venta de herencia ajena se puede ver también en otro texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.13.4-5, que dice:

4. *Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari ... venditorem enim teneri certum est: sed finge non extare venditorem vel modico vendidisse et bonae fidei possessorem fuisse ... et putat Gaius Cassius dandam utilem actionem.* 5. *Idem erit dicendum et si parvo pretio iussus vendere heres Titio hereditatem vendidit: nam putat dicendum Papinianus adversus fideicommissarium dari actionem: ab herede enim peti non expedit perexiguum pretium habente.*

En el §4, el jurista se pregunta si la *petitio hereditatis utilis* podía ejercitarse contra el comprador de una herencia en los casos, por ejemplo, en que no resultase quien era el vendedor o hubiese vendido a un precio módico y fuese sólo poseedor de

buena fe. Como respuesta se menciona la opinión afirmativa de Casio Longino.[116] El mismo principio se consideraba aplicable también cuando el heredero, al cual se le había encomendado de vender la herencia a poco precio, la hubiese vendido a un tercero (Ticio); tal aplicación era afirmada por Papiniano, según el cual se debía otorgar la acción contra el fideicomisario, puesto que no era conveniente la *petitio hereditatis* contra el heredero que consiguió un precio tan pequeño.

En el texto Ulpiano trata la cuestión del ejercicio de la *hereditatis petitio utilis* respectivamente contra el comprador de una herencia y contra el fideicomisario que la hubiese recibido pagando un precio pequeño. En el § 4 se maneja entre otras también la hipótesis de una venta realizada por el poseedor de buena fe (*finge ...venditorem ... bonae fidei possessorem fuisse*); en el § 5 el testador pide al heredero que le venda la herencia al fideicomisario en un precio módico;[117] después es revocado el testamento o impugnado, por lo que el fiduciario realmente no tenía el carácter de heredero y no obstante había celebrado la venta de herencia; ante tal situación, según la opinión de Papiniano, el verdadero *heres* tendría la posibilidad de ejercitar la *hereditatis petitio utilis* contra el fideicomisario comprador de la herencia. Es intesante destacar que en ambos casos los juristas no ponen en duda la validez de la venta, tanto efectiva como simbólica de una herencia ajena, sino la cuestión de la persona que debe ser considerada como legitimada pasivamente de la acción para que se le exija la herencia.

IV. La determinacion del monto de la herencia

El argumento que profundizaremos en el presente inciso forma objeto de un amplio análisis por parte de los juristas clásicos, los cuales siguen como principio fundamental el de la libertad contractual de las partes. Tal principio se manifiesta en la determinación del momento que hace referencia al monto de la herencia vendida, como podemos apreciar en el texto de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.1, que dice:

In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit cum aditur hereditas, an ea quae fuit cum hereditas venumdatur, videndum erit. et verius est hoc esse servandum quod actum est: plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus quo venditio fit, id videatur venisse.

El jurista, reflejando probablemente las diversas posiciones expresadas por la jurisprudencia en base a la práctica, individualiza tres momentos por los que se pudiese optar:

a) el momento de la muerte del testador;
b) cuando se aceptó la herencia;
c) cuando la herencia fue vendida.[118]

De estos tres momentos Ulpiano afirma que es más verdadero que se observe lo que las partes deciden en cada caso, y que en la mayoría de supuestos ellas optan por el tercer momento, siendo obvio que el segundo criterio no se configuraría para los herederos *sui et necesarii* por carecer de *aditio*. Es de gran importancia la decisión por los contratantes de una u otra opción, por el hecho de que podría ocasionar consecuencias diversas. Si al venderse la herencia se optara que la magnitud de la misma fuese al momento de la muerte del *de cuius*, el vendedor no podría deducir los gastos funerarios que hubiese realizado, situación que podría realizarse en los otros dos casos. Si se optara que la magnitud fuera al momento de venderse la misma, el vendedor no estaría obligado a restituír al comprador los bienes que hubiera perdido, vendido o donado, antes de la venta, sino el precio de los mismos como veremos más adelante en el mismo parágrafo.

En relación al momento elegido por las partes para determinar el caudal de la herencia vendida, se aplica como criterio fundamental tendiente a determinar los bienes que podían incluírse en la misma el que señala claramente el mismo Ulpiano, *ibidem* D.18.4.2.9, que dice: *Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.*(Como todo lucro corresponde al compra-

dor de la herencia, así también debe corresponderle todo daño). Por lo tanto toda la casuística analizada por la jurisprudencia se centra sobre los conceptos jurídicos del *id quod ex hereditate venditori pervenisset* y de los *damna* causados por la herencia.

Con referencia al primer principio, el texto fundamental es el § 3 del mismo fragmento de Ulpiano D.18.4.2.3, en que se dice:

> *Pervenisse ad venditorem hereditatis quomodo videatur, quaeritur. et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum pervenisse, quatenus mandare potest earum rerum persecutionem actionesque tribuere: enimvero ubi corpora nactus est vel debita exegit, plenius ad eum videri pervenisse. sed et si rerum venditarum ante hereditatem venditam pretia fuerit consecutus, palam est ad eum pretia rerum pervenisse. illud tenendum est cum effectu videri pervenisse, non prima ratione: idcirco quod legatorum nomine quis praestitit, non videtur ad eum pervenisse: sed et si quid aeris alieni est vel cuius alterius oneris hereditarii, pervenisse merito negabitur. Sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit.*

El jurista trata el problema de cuales cosas se pueden considerar que han llegado al vendedor y que por lo tanto está obligado a transmitir al comprador de la herencia. Y piensa que las cosas corporales hereditarias se considerarían llegadas al vendedor también antes de que las hubiera conseguido, si puede transferir las *actiones in rem* (*persecutiones*) y atribuír las *actiones in personam* para obtenerlas. Cuando haya tomado posesión de las cosas hereditarias o exigido las deudas, es aún más evidente que estas cosas y créditos se consideren llegados a él. El mismo principio vale para los precios obtenidos por las cosas hereditarias vendidas antes de la venta de la herencia. Después el jurista señala que lo que haya llegado al vendedor debe valuarse no en base a un primer cálculo aparente, sino con referencia a cuanto haya recibido con eficacia definitiva; por esto resultan excluídos lo que fue dado como legado, deu-

das y otros gravámenes hereditarios. No obstante, respecto a las cosas hereditarias donadas por el vendedor antes de la venta, el jurista afirma que una razón de equidad exige que se entreguen sus *pretia* al comprador.[119]

El texto es importante porque ilustra los principios básicos del contenido de la herencia para fines negociales,[120] explicando el significado del concepto de *pervenire*. El régimen que resulta es el siguiente:

a) las cosas corporales son disponibles por el vendedor y por lo tanto se encuentra obligado a transmitirlas; en caso de que no las tuviese en posesión se encontraría obligado a ceder al comprador las acciones para conseguirlas. La misma disciplina es aplicable a los créditos hereditarios, teniendo el vendedor que los hubiese exigido que transmitirlos al comprador, en caso contrario su obligación consistiría en la cesión de las acciones respectivas para su exigibilidad. En el presente texto Ulpiano es claro en la distinción entre *persecutiones*, entendiendo a las acciones *in rem*, y *actiones* con referencia a las *in personam*.[121] Tal distinción, como veremos más adelante (cap. 3 § V), no es casual;

b) para las cosas hereditarias vendidas antes de la venta de la herencia el vendedor deberá entregar el precio recibido;[122] si no lo ha recibido todavía tendrá que ceder las acciones relativas;

c) en el monto de la herencia objeto de la venta no se incluirán las prestaciones debidas a legados, las deudas y otros *onera* hereditarios;

d) para las cosas hereditarias donadas antes de la venta de herencia, en línea teórica se deberían incluír en los gravámenes hereditarios y por lo tanto ser excluídas del monto de la herencia, pero, como se trata no de obligaciones, sino de actos de liberalidad del vendedor, en Ulpiano y quizás en otros juristas se había afirmado una orientación equitativa, en base al cual éste resultaba obligado a transferir al comprador el valor objetivo de tales cosas.[123]

El régimen manifestado por Ulpiano se completa con las afirmaciones de Celso, *libro trigesimo secundo digestorum* D.50.16.97 y Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21, en base a que las cosas hereditarias llegadas al vendedor después de la venta de herencia tienen que ser transmitidas al comprador, no pudiéndose sustituír con su precio.[124]

Desarrollando los principios que se acaban de exponer, Ulpiano en el mismo fragmento prosigue diciendo que:

1) en el monto de la herencia vendida se incluye todo lo que hubiese llegado también al heredero del mismo vendedor, porque no existen límites temporales al *pervenire*, sino sólo causales dependiendo exclusivamente de la herencia vendida: *Non tantum autem quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed et quod ad heredem eius ex hereditate pervenit, emptori restituendum est: et non solum quod iam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, restituendum est* (D.18.4.2.4).

A la luz del presente texto puede solucionarse también el problema referente al acrecimiento de la herencia, ampliamente discutido por los juristas de siglos pasados así como por la pandectística, ignorándose por la doctrina actual.[125] Si en una herencia, donde existiesen dos o más llamados, uno de ellos hubiese vendido su porción a un tercero y el otro posteriormente a la celebración de la venta hubiere renunciado a la suya, surgen las cuestiones de que si el heredero vendedor deberá transmitir al comprador la parte que hubiere acrecido, siendo tal parte incluída en la compraventa o bien si se transmite directamente el *ius adcrescendi* con la realización de la venta.

El vendedor es el único titular del derecho de acrecimiento en cuanto accesorio de la calidad de *heres,* teniendo lugar sólo entre coherederos llamados conjuntamente a la misma herencia o cuota.[126] Por lo tanto, como el comprador no adquiere tal calidad, sino su contenido patrimonial (ver *infra,* cap. 4 § I), así deberá ser excluída la adquisición directa por parte suya del *ius adcrescendi.* No obstante, la obligación del *venditor hereditatis* a transmitir todo lo que le hubiese llegado en cualquier momento (*et quod quandoque pervenerit restituendum est*), expresada en este texto por Ulpiano, ciertamente implicaría la necesidad de entregar al comprador también los bienes

de la otra cuota que se incorporó a la herencia.[127] A falta de tal entrega el comprador podrá exigírsela mediante la *actio empti* o la *actio ex stipulatu.*

Teniendo en cuenta el ámbito tan amplio reconocido a la voluntad negocial de las partes en la compraventa de herencia, es probable que este régimen pudiese ciertamente ser objeto de modificación mediante específicos acuerdos para excluír o limitar dicha obligación del vendedor.

2) Hace parte de la cuantía de la herencia vendida también lo que la actitud dolosa o gravemente culposa del vendedor o de su heredero impidiese que les llegase: *sed et si quid dolo malo eorum factum est, quo minus ad eos perveniat, et hoc emptori praestandum est ... sed et si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur* (D.18.4.2.5).[128]

3) También la deuda hacia el comprador del hijo o del esclavo en potestad del vendedor debe ser pagada al mismo comprador dentro de los límites del peculio o de la *versio in rem suam: Illud quaesitum est, an venditor hereditatis ob debitum a filio suo qui in potestate eius esset servove ei, cuius hereditatem vendisset, praestare debeat emptori. et visum est, quidquid dumtaxat de peculio filii servive aut in suam rem versum inveniatur, praestare eum debere* (D.18.4.2.6).[129]

4) No sólo las acciones nacientes de la herencia, que antes correspondían al *de cuius* deben ser cedidas al comprador, sino también aquellas derivadas de obligaciones constituídas por el mismo vendedor con referencia a tal herencia: *Non solum autem hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes quas ipse heres constituit dicendum erit praestari emptori debere* (D.18.4.2.8).[130]

Por el contrario, quedan excluídos de la herencia vendida:

1) los beneficios adquiridos no por motivo de la herencia, sino por ocasión de la misma, como cobros por parte del vendedor de deudas no debidas: *Solet quaeri, an et, si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, emptori restituere id debeat ... hoc servari, ut heres emptori non praestet quod non debitum exegerit ...* (D.18.4.2.7).[131]

2) Las cosas hereditarias exceptuadas por las partes en el ejercicio de su autonomía negocial (cap. 1 § VI). En este mo-

mento es suficiente señalar que tal excepción podía realizarse mediante una específica cláusula contenida en una *stipulatio* o en un *pactum* y tener por objeto esclavos sin peculio (D.18.4.2.12), con peculio (D.18.4.2.13), casas (D.18.4.2.14) y fundos (D.18.4.25). En el primer caso Juliano y Ulpiano consideran que el vendedor puede demandar al comprador sólo lo que haya pagado a título del peculio o del *versum in rem domini defuncti*. En los otros tres casos la solución sugerida por los juristas se fundamentaría siempre sobre el acuerdo de las partes, en lo que respecta al pago de una condena *de peculio* por parte del vendedor después de haber exceptuado de la herencia vendida el esclavo con el peculio (*si modo hoc actum est... at si contra actum est... si vero nihil expressim inter eos convenit*, con tal que se haya hecho esto... pero si se ha hecho lo contrario... pero si nada fue expresamente convenido entre las partes),[133] o con referencia a las cuestiones de las sumas pagadas en razón de una *cautio damni infecti* de la casa exceptuada *interest quid acti sit... si non apparebit, quid acti sit, verisimile erit id actum...* interesa lo que se ha hecho... si no parecerá lo que se ha hecho, es verosímil que se haya hecho...)[134] y de las adquisiciones del fundo hereditario que fue excluído (*semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit: si autem id non apparebit...*)[135]

Del principio que hemos apreciado anteriormente en D.18.4.2.9, según el cual al comprador de una herencia corresponden las ganancias así como las pérdidas, resulta que también éstas últimas formaban parte de la *hereditas vendita*. La expresión *damna* de dicho texto va entendida con el significado de pérdidas patrimoniales, y por lo tanto implicaría un concepto más amplio que el de daños, porque incluye los gastos, condenas, sumas y la entrega de cosas a los terceros por parte del heredero vendedor *hereditario nomine*.

En la rica casuística jurisprudencial, en lo que referente a los *damna* causados de la herencia al vendedor que el comprador está obligado a indemnizar, se encuentran:

a) los cánones públicos y los tributos pagados por el vendedor: *si quid publici vectigalis nomine quid praestiterit venditor*

hereditatis, consequens erit dicere agnoscere emptorem et hoc debere ... et si forte tributorum nomine aliquid dependat, idem erit dicendum (D.18.4.2.16);

b) los gastos funerarios hechos por el vendedor, cuyo reembolso según Labeón se podía demandar al comprador: *quod si funere facto heres vendidisset hereditatem, an impensam funeris ab emptore consequatur? et ait Labeo emptorem impensam funeris praestare debere* (D.18.4.2.17);

c) el pago de la cantidad a la que el vendedor resultase obligado por cualquier título a causa de la herencia vendida, inclusive si no la hubiese pagado todavía: *sed et si quid venditor nondum praestiterit, sed quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem, nihilo minus agere potest cum emptore* (D.18.4.2.20).

CAPÍTULO 3

LA TRANSMISION DE LA HERENCIA

Quomodo hereditas transferebatur emptori a venditore? Primum examinabo quibus negotiis universitas rerum hereditariarum transmitteretur et quomodo venditor ac emptor excipere singulas res a venditione hereditatis possent. Deinde considerabo quomodo crediti et debita hereditatis cederentur.

SUMARIO: I. *Premisa*. II. *In iure cessio hereditatis venditionis causa*. III. *La mancipatio y la traditio de las res hereditariae*. IV. *Excepción de determinados objetos en la transmisión de las res hereditariae*. V. *Transmisión de los derechos*.

I. PREMISA

De los textos de Ulpiano en D.18.4.2.3-9 se puede apreciar que si bien la *hereditas* en la época clásica tuvo el carácter de *universitas iuris*, la ejecución de su transmisión implicaba una diferencia entre las *res hereditariae* y los derechos.

Como todas las *emptiones venditiones*, al ser la compraventa de herencia un contrato de carácter obligatorio requiere de determinados negocios traslativos que permitan que el comprador adquiera la misma. En las fuentes se encuentran indicios que pueden hacer referencia a la *in iure cessio* y a la *mancipatio;* así como menciones explícitas de la *traditio* para transferir las cosas corporales de las que está constituída la herencia vendida, mientras en lo que respecta a la cesión de los derechos se habla del sistema de la *procuratio in rem suam* o de las *actiones utiles*. Pasemos por lo tanto a analizar cada uno de estos modos de transmisión en los textos referentes.

II. IN IURE CESSIO HEREDITATIS VENDITIONIS CAUSA

La *in iure cessio hereditatis,*[137] surgida probablemente como una necesidad jurídica a la imposibilidad de la *successio graduum* en el *ius civile,*[138] extendió posteriormente su campo de aplicación también a la materia de venta[139] y tal era uno de sus posibles empleos en la época clásica, como puede apreciarse aún en un notorio texto de Ulpiano, *libro septuagensimo sexto ad edictum* D.44.4.4.28, que al tratar de la oponibilidad de la excepción de dolo en un caso de cesión de una *hereditas,* hace referencia a la institución de la siguiente forma:

Si, cum legitima hereditas Gaii Seii ad te perveniret et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem, et posteaquam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto isque a me petat hereditatem: exceptionem doli mali eius, qui ei cessit, non potest pati.

El presente texto plantea un caso interesante: al ser tú heredero legítimo de Cayo Seyo y yo heredero testamentario, me hubieras persuadido con dolo malo para que no hiciera adición de la herencia, con la finalidad de que tú, después de repudiarla yo, pudieras cederla a Sempronio a cambio de un precio cierto; si Sempronio me pide la herencia, no podrá oponerse al él la excepción por el dolo malo del cedente.

Limitando nuestro análisis a lo que en este momento nos interesa, el jurista afirma que, frente a la existencia de un testamento, el heredero testamentario tiene preferencia respecto al heredero legítimo, el cual no puede obtener el patrimonio hereditario a no ser que sea repudiado por el heredero testamentario; y claro está, siempre que no hubiese sido nombrado un sustituto. La actuación con dolo malo por parte del heredero legítimo consiste en el hecho de engañar al heredero testamentario acerca del carácter dañoso de la herencia. Una vez realizado el repudio por parte de este, el heredero legítimo tiene derecho a la herencia y realiza su cesión onerosa a Sempronio.

La doctrina que se ha ocupado del presente texto ha discutido en gran medida la clasicidad de su contenido: de un lado, se acepta como segura la eliminación por parte de los compiladores de las palabras originarias *in iure* antes del verbo *cesseris,*[140] por el otro lado, se considera añadida la expresión *pretio accepto* que faltaría en el pasaje de Ulpiano.[141] La primera postura es confirmada por los numerosos ejemplos del Digesto en donde fue suprimida la referencia clásica a la institución de la *in iure cessio,*[142] mientras los argumentos a favor de la segunda no parecen decisivos, puesto que no hay razones para dudar de una alteración sustancial en el orden de exposición de los §§ 27-29 del fragmento D.44.4.4:[143] en el primero se afirma la inoponibilidad al comprador de la excepción de dolo del vendedor, salvo determinados casos;[144] en el § 28 la misma regla se aplica a la *in iure cessio hereditatis* por causa de venta; en el § 29 por el contrario tal excepción puede emplearse en hipótesis de adquisiciones *ex causa lucrativa*, como legados o donaciones.[145]

Falta en el texto la indicación si la *in iure cessio* fue celebrada *ante aditionem* o *post aditionem.* Desde el punto de vista teórico ambas posibilidades son admisibles ya que el cedente es un heredero legítimo.[146] Por lo tanto tenemos la ocasión de examinar algunas problemáticas derivadas de la aplicación de uno u otro tipo de *in iure cessio hereditatis* en la materia correspondiente a la venta de herencia.

La celebrada *ante aditionem* no podía emplearse como sabemos, por parte de los herederos necesarios o testamentarios.[147] La imposibilidad jurídica de los *heredes sui et necessarii* y *heredes necessarii* es derivada del simple hecho práctico que carecen de *aditio,* son herederos *ipso iure* desde el momento mismo de la delación sin necesidad de ningún acto de voluntad, e inclusive contra la misma.[148] Las razones de la imposibilidad de la cesión onerosa *ante aditionem* del heredero testamentario podría explicarse: *a*) en razón de que ocasionaría tal acto violación a la última voluntad del *de cuius,* pudiéndose pensar que en origen el *heres scriptus* es la misma persona que el *heres suus et necessarius,* reminiscencia que permaneció durante la época clásica; *b*) en que la realización

de la cesión obstaculizaría la apertura de la sucesión *ab intestato* que se abriría ante la negativa del cedente a ser heredero.[149]

Regresando al texto de D.44.4.4.28. la doctrina es de la idea que la *in iure cessio* aquí mencionada fue celebrada *ante aditionem,* puesto que el cesionario tenía el carácter de heredero al poder ejercitar la *petitio hereditatis* contra el heredero testamentario.[150] Si aceptásemos como posible tal hipótesis, tendríamos que solucionar algunos problemas y dificultades ocasionados por la aplicación de la *in iure cessio* a la finalidad de venta. En primer lugar, el cedente vendedor había realizado el negocio sin responder de su carácter de heredero, no siendo tal mientras no hubiese realizado la aceptación de la herencia.[151] Dicha situación parecería ser una oposición a los propios principios de la venta de herencia, porque en tal contrato el vendedor se encuentra obligado a responder de su carácter de heredero;[152] por lo que es necesario buscar la posible esfera de actuación práctica de la *in iure cessio hereditatis ante aditionem venditionis causa.* Analizando los textos que hacen referencia a la venta de esperanza de herencia, (cap.2 § II) podríamos pensar que las cláusulas establecidas por los juristas Javoleno, *libro secundo ex Plautio* D.18.4.10. y Paulo, *libro quarto decimo ad Plautium* D.18.4.13. corresponderían a formularios adecuados para tal cometido. Procedamos en este momento a fundamentar nuestra postura.

Los textos de Javoleno y de Paulo, expresando las cláusulas sustancialmente idénticas (*si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri* y *ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet)*, pueden referirse a una *in iure cessio hereditatis ante aditionem* onerosa, pues, si bien el vendedor cedente no es todavía heredero, esto no sería obstáculo para ceder el derecho que tiene a la herencia no respondiendo de tal calidad.[153]

Si se aceptase la fundamentación de tales propuestas, se podría explicar la permanencia de esta institución aún en época clásica. Dicha utilización se podría desenvolver en la venta de esperanza de herencia que realizaban los agnados en una sucesión *ab intestato,* transmitiendo de tal modo el título de

heres al cesionario y subsecuentemente la *hereditas* en bloque. Al realizarse la *in iure cessio hereditatis ante aditionem venditionis causa*. Que ventajas pudieron haber tenido las partes para realizar tal cesión? Por un lado, el vendedor se desvinculaba totalmente de la herencia a la que era llamado sin llegar a tener el carácter de heredero, recibiendo un precio por ello y no siendo responsable con los acreedores; por otro lado, el comprador obtenía la *hereditas* como heredero,[154] pudiendo ejercitar, como el texto de Ulpiano claramente demuestra, la *petitio hereditatis* y las acciones referentes a los créditos hereditarios de manera directa y no mediante la *procuratio in rem suam* o las *actiones utiles*. El alea en tal situación se reduciría, porque si bien el vendedor todavía no tenía el carácter de heredero por no haber realizado la *aditio*, la existencia de la herencia y su derecho a la misma le daría al comprador la espectativa de la obtención de la *hereditas*.

De todo lo anterior podemos considerar que, si en el texto de Ulpiano, *libro septuagensimo sexto ad edictum* D.44.4.4.28. el vendedor de la herencia hubiese realizado la cesión *ante aditionem*, tal venta hubiera sido posible estableciendo las cláusulas *si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri* o *ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet*, porque sólo así el cedente no se encontraría obligado a responder de su carácter de heredero al no haber realizado la *aditio*.[155]

Pasemos a continuación a analizar la hipótesis de que en D.44.4.4.28. la cesión onerosa a Sempronio por parte del heredero legitimo hubiese sido realizada *post aditionem*, conservando el cedente el carácter de heredero, respondiendo de las deudas hereditarias, extinguiéndose los créditos respectivos, adquiriendo por otra parte el cesionario los bienes corporales.[156] Los efectos hubieran sido los mismos, como sabemos si el cedente fuese heredero testamentario y, según la postura proculeyana, también heredero necesario.

La *aditio*, ocasionando la titularidad de la *hereditas*, no permite al cedente desvincularse de la misma a pesar de haber realizado la cesión, permaneciendo por ello obligado con los acreedores hereditarios; no obstante, visto que la cesión a Sempronio fue realizada *venditionis causa*, el comprador de acuerdo con el contrato se encontraría obligado a pagar las deudas hereditarias a los acreedores, y en caso que Sempronio no cumpliese con tal obligación, los acreedores podrían exigir tal cumplimiento al vendedor, porque sigue teniendo el carácter de heredero, independientemente que con posterioridad pudiese exigir mediante la *actio venditi* o *actio ex stipulatu* al comprador el pago de la deuda respectiva.

Empleando la *in iure cessio hereditatis post aditionem* en una venta de herencia, las cosas corporales hereditarias, cuyo elemento aglutinante radica en que eran bienes pertenecientes al *de cuius*, se transmiten al cesionario en bloque, en un sólo acto como si una a una hubiesen sido transmitidas.[159]

El límite más grande a la aplicación práctica de tal forma de *in iure cessio hereditatis* en una compraventa de herencia es la extinción de los créditos hereditarios, a la que diversos autores han tratado de encontrar una respuesta hasta ahora sin éxito definitivo.[160] Este límite reduciría la función de la *in iure cessio hereditatis post aditionem* por causa de venta a la sola adquisición de cosas corporales, y no de créditos ni de obligaciones; porque los primeros se extinguirían y las segundas se transmitirían no en base a la *in iure cessio post aditionem*, sino en base al contrato de venta celebrado por las partes.

De todo lo anterior podemos constatar que su utilización práctica sería conveniente en el caso de que la herencia objeto de venta consistiese únicamente en bienes corporales o en el caso en que el comprador o los compradores fuesen los mismos deudores de la herencia, pudiéndose pensar que este último caso sería el más frecuente en su aplicación; porque los créditos se extinguirían, obteniendo los deudores por tal motivo un beneficio económico. Si bien el vendedor seguiría respondiendo frente a los acreedores hereditarios por su propio carácter de *heres*, esto no sería un obstáculo para que las partes establecieren en base al contrato consensual o a las correspondientes *stipulationes* la obligación del comprador de pagar las deudas hereditarias.

En el texto de Ulpiano en D.44.4.4.28. parece poco probable el uso de la *in iure cessio hereditatis post aditionem* por su con-

secuencia de extinguir las deudas a favor de los deudores hereditarios, no existiendo tampoco indicios en el texto de que Sempronio hubiere sido uno de ellos. Además la situación de que el comprador ejercita la *petitio hereditatis* contra el heredero testamentario que repudió la herencia de forma directa, haría pensar que tenía el carácter de heredero, situación que no podría explicarse en la presente hipótesis, a no ser que fuese *ante aditionem.*

III. La *mancipatio* y *traditio* de las *res hereditariae*

En las fuentes se encuentran también indicios de la transmisión de la herencia vendida a través de una *mancipatio;* tal apreciación se constata en el texto 2.67 de los *Fragmenta Interpretationis Gai Institutionum Augustodunensia,* analizado en el capítulo I § 2, que permite el exacto entendimiento del pasaje 2.252 de las Instituciones de Gayo, en donde el término *venire* se podría interpretar en el sentido literal de vender o en el sentido de *mancipatio dare.*[161] En efecto el Gayo de Autún hablando de la *adhibitio* de cinco testigos y de un *libripens*, así como utilizando la expresión *imaginaria venditio,* se refiere sin duda a una *mancipatio,* que era realizada en el mismo ámbito de las *stipulationes* entre heredero o vendedor y fideicomisario o comprador. Es por esta razón que la doctrina considera el término *venire* de Gayo 2.252. como *mancipio dare.*[162]

No parece dudoso que tal texto haga una efectiva referencia a una *mancipatio.* Los argumentos que podríamos considerar en contra son una posible interpretación errónea del autor de Autún y la frase de Gayo en Inst. 2.34: *Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit,* que implicaría el uso exclusivo de la *in iure cessio* para transmitir una herencia. La primera postura, si bien no se puede descartar, es poco verosímil porque no se entendería la razón por la que el interprete de Autún mencionaría un negocio que en su época se encontraba en profunda decadencia.

También los argumentos sobre los cuales se fundamenta la segunda posible objeción son débiles. El discurso materia de la exposición, en donde Gayo afirmaba que la herencia se transmite por *in iure cessio,* era la diferencia que existía entre cosas corporales e incorporales, descartando la utilización de la *traditio* para las últimas (2.28.) y manifestando en su lugar la aplicación de la *in iure cessio* al usufructo (2.30-33.) y a la herencia (2.34-37.). No podríamos considerar contradictorios los textos de Gayo 2.34-37- y 2.252. porque ambos implican el carácter de *res incorporalis* de la *hereditas*: en el primer caso, las partes utilizaban la *in iure cessio hereditatis* o para otorgar el carácter de heredero cuando se realizaba *ante aditionem,* o para transmitir solamente los bienes corporales como una universalidad y no las relaciones obligatorias cuando se efectuaba *post aditionem.* En la venta de herencia realizada a través de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis,* la *mancipatio* tenía simplemente la función de negocio translativo de la propiedad en bloque de los bienes hereditarios, no ocasionando el efecto de extinguir los créditos, que como veremos con posterioridad, se transmitían mediante el sistema de la cesión de las acciones. En segundo lugar, la referencia de la venta *nummo uno* no podría formar parte de una *in iure cessio,* porque, como sabemos, dado su carácter jurisdiccional, en este medio de adquisición de la propiedad no se hace mención del precio en el acto, mientras que la *mancipatio* era frecuentemente aplicada como negocio ficticio *(nummo uno),*es decir como *imaginaria venditio.*[163]

Otro problema discutido en doctrina es el referente a que si tal *mancipatio* tuviese carácter colectivo de todas las *res hereditariae* o bien fuesen necesarias tantas *mancipationes* como singulares cosas debiesen ser transmitidas.[164] Según nuestra opinión, la primera solución parecería preferible fundamentándonos en los datos de las fuentes: Gayo en Inst.2.252, así como, en manera mayormente clara, el Gayo de Autún 2.67, expresando respectivamente los términos *...in usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire* y *...qui rogabatur hereditatem restituere apud veteres adhibebat quinque testes libripendenque et imaginaria venditione videbatur vendere hereditatem,* manifiestan que el acto translativo de la herencia sea único, sin indicios que puedan hacer suponer la existencia de una pluralidad de mancipacio-

nes. Confirmándose además en favor de tal postura también lo que hemos apreciado en el parágrafo anterior sobre la transmisión en bloque de las cosas corporales hereditarias en la *in iure cessio hereditatis post aditionem*. No hay en efecto obstáculos jurídicos para imaginar la misma transmisión en bloque mediante una *mancipatio* que incluya también las *res nec mancipi*, ya que la utilización de un sólo acto correspondería al concepto de *universitas* que la herencia tenía en época clásica.

Existen después textos de juristas clásicos y constituciones de los emperadores Severos, en donde las cosas de las cuales se encuentra constituída la *hereditas* son transmitídas mediante *traditio*. Específicamente señalamos Paulo, *libro trigesimo tertio ad edictum* D.18.4.14.1[165] que dice:

> *Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet. quanta autem hereditas est, nihil interest.*

Paulo comenta que, si una herencia ha sido vendida, el vendedor debe transmitir las cosas hereditarias, sin que interese sin embargo, de cuanto consta la herencia. En el presente fragmento el jurista se ocupa sólo de las cosas corporales; si bien, el concepto de *hereditas* corresponde a una idea abstracta, está constituída de bienes materiales que deben ser entregados al comprador, no importando su monto. Esta afirmación se relaciona en lo referente a la obligación de garantizar al comprador sólo la calidad de heredero y no la consistencia de la *hereditas*. En el mismo sentido se expresa Ulpiano, *libro sexto decimo ad edictum* D.6.2.9.3, que afirma:

> *Item si hereditatem emero et traditam mihi rem hereditariam petere velim, Neratius scribit esse Publicianam.*

Si habré comprado una herencia y, perdida la posesión de una cosa hereditaria que se me había entregado, quiero pedirla, Neracio escribe qúe se emplea la *actio Publiciana*. En este caso es evidente que el comprador de la herencia utiliza tal acción, puesto que le había sido entregada la sola posesión de las

cosas hereditarias y, no habiendo sido dueño de éstas, no puede ejercitar la *rei vindicatio*.

Por última una constitución de Alejandro Severo del año 230 d.C. C.4.39.4, ya mencionada anteriormente, en su inicio refiere: *qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit* (el que te ha vendido la herencia, antes de entregarte las cosas hereditarias, permanece dueño de estas).[167]

Frente a tales noticias, la doctrina se orienta aún una vez hacia la idea de que para la transmisión de las *res hereditariae* no era posible un único negocio jurídico, sino que se hacían necesarios tantos negocios como cosas existiesen, a menos que las partes no optasen por la *in iure cessio hereditatis post aditionem* uniéndola con las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* para evitar la extinción de las relaciones obligatorias.[168] Sin embargo, tal opinión parecería ocasionar ciertas dudas; en primer lugar como ya habíamos mencionado hablando de la *mancipatio,* se encontraría en contradicción con el concepto clásico de herencia entendida como una *universitas iuris*, que se verifica en los fragmentos de todos los juristas que se ocuparon de la compraventa de herencia.[169] La falta de la posibilidad de una transmisión en bloque de las *res hereditariae* haría inútil la institución en cuanto al aspecto unitario se refiere, ocasionando un desmembramiento de la *hereditas* en una pluralidad de negocios jurídicos. En segundo lugar, una confirmación de nuestra postura podríamos encontrarla en el hecho de que en la jurisprudencia romana parecería delinearse una evidente contraposición entre el concepto de *venditio hereditatis*, en donde las cosas hereditarias son vendidas como unidad, y aquel de *distrahere hereditatem* o una *res hereditaria*, que implica la venta no en bloque, sino singularmente de tales cosas. En efecto, de una *hereditas distracta* mediante *singula negotia* habla Escévola citado por Paulo, *libro primo sententiarum* D.4.4.24.2;[170] de una singula *res hereditaria distracta* trata Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.10.,[171] y a *res hereditariae distrahendae* hace mención también Paulo, *libro tertio ad Sabinum* D. 36.1.20(19).2.[172]

El cuadro de las fuentes y las observaciones que acabamos de realizar nos hacen considerar como más probable la siguiente solución:

Como negocios translativos de los *corpora hereditaria* en ejecución de la obligación de transmitir la herencia las partes en origen probablemente podían emplear la *mancipatio* colectiva que resultaba unida a las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* (Gayo, Inst.2.252). Cuando la compraventa de herencia empezó a celebrarse mediante *emptio venditio* consensual y tales estipulaciones fueron accesorias a este contrato, el empleo de la *mancipatio*, como en todas las compraventas, fue subordinada a la conclusión de un específico *pactum adiectum* por parte del comprador y del vendedor ciudadanos romanos.[173] Sin embargo, también en la compraventa de herencia como en cualquier otra compraventa, la obligación del vendedor en lo referente a las cosas hereditarias se cumplía mediante la simple *traditio* de las mismas de conformidad con el origen de la *emptio venditio* como contrato propio del *ius gentium*. No obstante, no existe ninguna prueba en los textos anteriormente señalados que demostrasen necesarias tantas *traditiones* cuantos fuesen los objetos a entregar. Por el contrario, el uso de la expresión *tradere res hereditarias* en D.18.4.14.1 y C.4.39.2 y las consideraciones sobre el carácter unitario del concepto de *hereditas* admiten la posibilidad de una entrega de tales cosas materiales hereditarias en bloque con una sola *traditio* de naturaleza general.

En la práctica la transmisión de una herencia podía realizarse también mediante la venta del esclavo instituído heredero, como es expresado por Juliano, *libro trigesimo nono digestorum* D.30.94.1. que dice:

> *Qui rogatus erat hereditatem, ex qua servus eius heres institutus erat, restituere, cum alii servum vendidisset, quaesitum est, an hereditatem restituere cogendus est is, ad quem hereditas ex emptione servi heredis scripti pervenerit. dixi compellendum esse ad fideicommissum restituendum eum, qui servum suum heredem scriptum vendidit, cum pretium hereditatis, quam restituere rogatus est, habeat. is autem, ad quem hereditas ex emptione servi heredis scripti pervenerit, ex causa cogendus erit fideicommissum praestare, id est si dominus servi heredis scripti solvendo non erit.*

La persona a la cual se había rogado de otorgar una herencia, de la que su esclavo había sido instituído heredero, ha vendido tal esclavo a otro, la cuestión es si es obligado a otorgar la herencia la persona a que le llegó la misma en base a la compra del esclavo instituído heredero. Respondo que es obligado a otorgarla en base al fideicomiso el que ha vendido su esclavo instituído heredero, cuando tenga el precio de la herencia que había sido rogado de otorgar. Por el contrario, aquel a quién llegó la herencia en base a la compra del esclavo instituído heredero será obligado a cumplir el fideicomiso sólo en base al conocimiento de las circunstancias de la causa por parte del pretor *(ex causa)* es decir si el dueño del esclavo instituído heredero no es solvente.

El caso plantea un problema difuso en la práctica romana consistente en designar heredero a un esclavo ajeno para que la herencia corresponda al *dominus*.[174] La herencia testamentaria ha sido gravada por un fideicomiso universal que por lo visto el *dominus* no tiene intención de cumplir, por lo que el esclavo no acepta la *hereditas* en su nombre. El propietario del esclavo realiza la venta de este último recibiendo el precio respectivo, ocasionándose que con tal negocio se transmita la herencia al comprador del mismo esclavo. La cuestión que se trata de resolver, es saber quien debe cumplir el fideicomiso, razonando Juliano del modo siguiente: El vendedor al recibir el precio del esclavo tendría el precio de la herencia, por lo que se encontraría obligado al cumplimiento del fideicomiso independientemente de su falta de aceptación; si por el contrario, no recibiese el precio, se podría entender que el obligado sería el comprador del esclavo. Si fuese insolvente el vendedor, se encontraría obligado el comprador al cumplimiento, después de una valoración de las circunstancias concretas por parte del pretor.

El punto que nos interesa es el referente a la transmisión de la herencia mediante la venta del esclavo. Parecería que las partes han querido contratar respecto a la herencia y que el esclavo es el medio empleado para lograr tal fin. Ha sido empleado tal medio, porque el vendedor carece del título de heredero indispensable como presupuesto del negocio que se desea realizar; no obstante, el esclavo al realizar la *aditio* otorgaría la herencia a su propietario que en este caso sería el comprador. El vendedor con la realización del negocio ha querido obtener un beneficio económico por la herencia que debería haber transmitido al fideicomisario en caso que el esclavo la hubiere aceptado en su nombre. La *hereditas* continúa siendo gravada por un fideicomiso e independientemente de que ninguna de las partes en la compraventa tiene el carácter de heredero, una de ellas debe de cumplirlo, porque ambas se han beneficiado: por un lado, el comprador que ha recibido la herencia y por otro lado el vendedor, el cual ha obtenido un precio, donde seguramente estaba considerado tanto el valor de la *hereditas* como del esclavo. La solución de Juliano parece ser la más apropiada no sólo por la consideración de que el vendedor ha conseguido una ventaja, sino porque además dispuso de la herencia, que el *de cuius* rogó que entregase al fideicomisario, beneficiándose por ello. Cabe recordar por último, que el comprador permanecerá obligado solidariamente, en caso de insolvencia del vendedor.

Si bien el contrato celebrado no es una venta de herencia, sino una venta de esclavo, sus efectos prácticos entre las partes son los mismos: el pago del precio; por un lado, y la obtención de la herencia, por el otro. No obstante, los efectos en cuanto a terceros son diversos, ya que el fideicomisario no recibe la herencia, sino una cantidad de dinero que correspondería al precio pagado por el esclavo, siendo irresponsable por lo tanto de las deudas que pudiese tener la herencia. El comprador del esclavo sería responsable de estas deudas directamente con los acreedores, situación diversa en la compraventa de herencia normal, porque el esclavo es heredero y las obligaciones deben ser cumplidas por el propietario del mismo, pensándose que sólo en caso de insolvencia sería responsable el vendedor.

IV Excepcion de determinados objetos en la transmision de las *res hereditariae*

En la entrega de la herencia las partes en base a la autonomía negocial podían excluír determinado objeto que se comprendiese dentro del haber hereditario; tal problemática es presentada en varios textos del Digesto, en donde son expresadas las opiniones de numerosos juristas clásicos que demuestran la frecuente práctica del fenómeno y las delicadas cuestiones jurídicas que debían ser resueltas.

El texto más antigüo es de Labeón, *libro secundo pithanon*, comentado por Paulo en D.18.4.25,[175] que plantea el problema de la venta de la herencia donde se ha realizado la excepción de un fundo hereditario, diciendo:

> *Si excepto fundo hereditario veniit hereditas, deinde eius fundi nomine venditor aliquid adquisiit, debet id praestare emptori hereditatis. Paulus: immo semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit: si autem id non apparebit, praestare eam rem debebit emptori venditor, nam id ipsum ex ea hereditate ad eum pervenisse videbitur non secus ac si eum fundum in hereditate vendenda non excepisset.*

Labeón manifiesta que, si se ha vendido una herencia exceptuándose un fundo hereditario, y después el vendedor por el fundo ha adquirido algo, debe entregarlo al comprador de la herencia. Sin embargo, en su comentario Paulo da preferencia a lo hecho por las partes, pero si no resultara clara la intención de ellas, deberá entregar aquella cosa el vendedor al comprador, considerándose que lo adquirió por la herencia, como si al vender la herencia no hubiere exceptuado este fundo.[176]

Si bien tanto la opinión de Labeón como la de Paulo concuerdan en que el vendedor debe la cosa, es palpable que al segundo jurista le interesa más lo que han determinado las partes en base de la libertad contractual, y que sólo a falta de tal mención, deberá optarse por la opinión de Labeón. Las decisiones de ambos juristas se podrían fundamentar en que, como el fundo forma parte de la herencia a pesar de haberse

realizado la excepción del mismo en el negocio, lo adquirido en razón de tal corresponderá al comprador, porque todo lo que proceda de la *hereditas* se deberá entregar a este último.[177] El problema es si en la expresión tan genérica *aliquid adquirere eius fundi nomine* se incluyen los frutos del fundo y/u otras adquisiciones diversas de éstos; si consideramos que se incluyen los frutos, la solución adoptada por Labeón parecería demasiado rigurosa si bien coherente con tal obligación del vendedor, y Paulo trataría de atenuarla refiriéndose a la voluntad de las partes. No obstante, resultaría un poco extraño que el vendedor exceptuase un fundo sin tener en cuenta la explotación económica de sus frutos. Es más probable que los juristas considerasen casos como de *alluvio* o *avulsio,* en donde faltando un específico acuerdo tal adquisición correspondiese al comprador. Ocasionando que si el vendedor quisiere los frutos del fundo o cualquier otro beneficio del mismo, debería manifestarlo expresamente en la *stipulatio* o en el pacto respectivo anexos al contrato de compraventa.

Encontramos además tres textos de Ulpiano que cita a Juliano y Marcelo. El primero, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.12,[178] hace referencia a la venta de la herencia en donde se exceptúa un esclavo sin peculio, al respecto se dice:

> *Apud Iulianum scriptum est, si venditor hereditatis exceperit servum sine peculio et eius nomine cum eo fuerit actum de peculio et in rem verso, id dumtaxat eum consequi, quod praestiterit eius peculii nomine quod emptorem sequi debeat, aut quod in rem defuncti versum est: his enim casibus aes alienum emptoris solvit, ex ceteris causis suo nomine condemnetur.*

En este texto Ulpiano expresa la opinión de Juliano, según el cualsi el vendedor de la herencia hubiera exceptuado un esclavo sin el peculio, y por causa de éste un tercero haya ejercitado contra él la acción de peculio y de *in rem verso,* el mismo consigue del comprador solamente el rembolso de lo que hubiere dado al tercero a título del peculio del esclavo, porque tal

peculio pertenece al comprador, o de lo que ha sido revertido en el patrimonio del difunto. En efecto dice Ulpiano, en estos casos la deuda es pagada por el comprador, en los demás casos el vendedor será condenado en su nombre.

Analizando el presente caso, observamos que el vendedor se reservó un esclavo de la herencia; sin embargo, el comprador adquirió junto a la misma el peculio de tal esclavo. El vendedor, al ser demandado por la acción *de peculio et de in rem verso* por las deudas del esclavo, tiene la posibilidad de exigir al comprador el pago de las mismas hasta el monto del peculio o de la utilidad que hubiera tenido el difunto; esto se debe a que las deudas del esclavo se incluyen en el concepto de pérdida patrimonial (*damna*) que el comprador al adquirir la *hereditas* tiene que indemnizar.[179] Al final del texto la expresión *ex ceteris causis suo nomine condemnetur* claramente manifiesta que, fuera de las deudas del peculio, el vendedor es plenamente responsable para las obligaciones del esclavo exceptuado y puede por ese hecho ser condenado en su propio nombre.

El segundo texto del mismo Ulpiano, en el siguiente §13 del fragmento D.18.4.2, plantea el caso de la venta de herencia en la que se exceptúa un esclavo con peculio. Al respecto se señala lo siguiente:

> *Quid ergo si servum cum peculio exceperit venditor hereditatis conventusque de peculio praestitit? Marcellus libro sexto digestorum non repetere eum scripsit, si modo hoc actum est, ut, quod superfuisset ex peculio, hoc haberet: at si contra actum est, recte repetere eum posse ait: si vero nihil expressim inter eos convenit, sed tantummodo peculii mentio facta est, cessare ex vendito actionem constat.*

Ulpiano trata la siguiente cuestión ¿Qué pasa si el vendedor de la herencia ha exceptuado un esclavo con peculio y al ser convenido por la acción de peculio paga? Para dar respuesta a dicha cuestión se fundamenta en la obra de Marcelo *libro sexto digestorum,* el cuál escribía que el vendedor no podrá ser indemnizado por el comprador, si acordaron de ese modo que el primero tenga lo que hubiera quedado del peculio. No obstan-

te, si se hubiera actuado de manera contraria, podrá demandar la indemnización. Si en verdad nada se conviene entre ellos expresamente, sino solamente se ha hecho mención del peculio, consta que cesa la acción de venta para la responsabilidad del adquirente. La respuesta debe ser analizada por partes:

En la primera parte del parágrafo con las palabras *non repetere eum..., si modo hoc actum est, ut, quod superfuisset ex peculio, hoc haberet* Marcelo indica que el vendedor no podrá recuperar del comprador de la herencia lo que pagó al tercero, en caso de que el mismo vendedor tuviera lo que quedara del peculio, después de que el tercero lo hubiese llamado en juicio con la *actio de peculio*.

Respecto a la segunda parte de la respuesta, Marcelo analiza el supuesto contrario, en donde se conviene que el comprador y no el vendedor tuviera lo que quedara del peculio; en tal caso, dice que éste último podrá obtener el rembolso de lo que pagó al tercero.

En la frase final del texto se maneja la hipótesis *si vero nihil expressim inter eos convenit, sed tantummodo peculii mentio facta est, cessare ex vendito actionem constat.* La solución que se ofrece es para el caso de que nada se haya dicho expresamente acerca de si correspondería al vendedor o al comprador lo que quedara del peculio. En este caso el vendedor no tendrá la acción de venta para exigirle al comprador lo que haya pagado al tercero. La utilización de la palabra *constat* parece demostrar que dicha solución no sólo era de Marcelo, sino de otros juristas y quizá de la misma cancillería imperial y que en la época de Ulpiano resultaba ya aceptada por todos.

En el último caso Ulpiano trata de la venta en la que se exceptúa unas casas, de las cuales el vendedor había celebrado una *cautio damni infecti,* señalando en el parágrafo 14 de D.18.4.2.:[181]

> *Si venditor hereditatis aedes sibi exceperit, quarum nomine damni infecti promissum fuerat, interest, quid acti sit: nam si ita excepit, ut damni quoque infecti stipulationis onus sustineret, nihil ab emptore consequeretur: si vero id actum erit, ut emptor hoc aes alienum exsolveret, ad illum onus stipulationis pertinebit: si non apparebit quid acti sit, verisimile erit id actum, ut eius quidem damni nomine, quod ante venditionem datum fuerit, onus ad emptorem, alterius temporis ad heredem pertineat.*

El texto menciona que si el vendedor de la herencia había exceptuado para sí unas casas, de las cuales fuera prometido indemnizar por daño temido, interesaba ver que cosa se haya acordado: en efecto, si el vendedor ha exceptuado de manera que sostendría también la carga de la estipulación de daño temido, nada conseguirá del comprador: si se había hecho lo contrario, que el comprador pagaría esta deuda, a él le pertenecerá la carga de la estipulación: si no se supiere qué se hizo, verosímil será que las partes quieran que la carga de lo que ha sido dado antes de la venta a título de aquel daño, pertenezca al comprador, mientras lo que fue dado a tal título en otro tiempo al heredero. El texto le da prevalencia al acuerdo celebrado por las partes en lo referente a la carga de la suma objeto de la estipulación por daño temido;[182] si se manifestó por éstas que tal sería pagada por el comprador, así se tendrá que realizar; no obstante, en caso de duda se considera que la carga será debida por el comprador para todo daño ocasionado antes de la venta en virtud de que, mediante la compraventa de herencia, él llega a asumir la misma posición económica del heredero. Por el contrario, si el heredero vendedor hubiese pagado la suma de la *cautio damni infecti* para un daño ocasionado en un momento diferente, se consideraría como si las partes hubiesen acordado así, excluyéndose la asunción de esta carga por parte del comprador.

V. Transmisión de los derechos

Una vez que hemos hablado de la transmisión de las cosas materiales, trataremos el aspecto referente a los derechos de la *hereditas,* que el vendedor tenía que ceder al comprador.

En lo que respecta a las deudas hereditarias, de Gayo Inst. 2.252 y de los relativos comentarios de ambiente jurídico occi-

dental (*Fragm. Aug.* 2.69) así como oriental (*Theoph. par.* 2.23.3) sabemos que una de las obligaciones del comprador era la defensa en juicio del vendedor en el caso de que un acreedor ejercitara contra él una acción *hereditario nomine* (*...si quis cum eo* –el vendedor– *hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur*).[183] El sistema era por lo tanto el mismo de la representación procesal mediante *cognitor* o *procurator in rem suam*, normalmente utilizado en la época clásica para la transmisión de cualquier deuda fuera de las hipótesis de novación subjetiva.[184]

Otra confirmación del empleo de dicho sistema en la venta de herencia se manifiesta al final de la época clásica en dos textos de Paulo.

En el primero *libro octavo ad edictum* D.3.3.42.2, ya anteriormente objeto de nuestra investigación (cap. I, § 5e.), se hace referencia a la *cautio iudicatum solvi* con la que el vendedor de la herencia, garantizando al comprador de la misma, prometía el pago de la cosa juzgada a un acreedor hereditario que había llamado en juicio al comprador como *procurator in rem suam*. Al realizarse este pago, el vendedor de la herencia tenía en via de regreso la *actio ex vendito* contra el comprador (*...cum in rem suam procuratorem praestamus eoque nomine iudicatum solvi promittimus... si ex ea promissione aliquid praestiterimus ...ex vendito, si hereditatem vendidimus, ...agere debemus*: cuando garantizamos al procurador en su propio nombre y por su cuenta prometemos pagar la cosa juzgada... si en base a esta promesa hemos pagado algo... debemos ejercitar la acción de venta, si hemos vendido una herencia).

El segundo texto de Paulo, *libro trigensimo ad edictum* D.16.1.3 comenta la parte del edicto pretorio en donde se trataba del SC *Vellaeianum*,[185] diciendo al respecto:

> *Sed si eum defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat, veluti cum venditorem hereditatis sibi venditae vel fideiussorem suum defendat, intercedere non videtur.*

El jurista excluye que se considera como asumida una obligación por cuenta de otros (*intercedere pro aliis*) contra la prohibición de dicho senadoconsulto, cuando una mujer defendiese a una persona que, una vez condenada, tuviese una acción de regreso contra ella.[186] Tal situación se verificaba por ejemplo, cuando la mujer defendía al vendedor que le había vendido una herencia o su propio fiador. En el pasaje se maneja la hipótesis de que una mujer sea la compradora de la herencia y que haya sido llamada en juicio en su carácter de *procurator in rem suam* en base a la obligación de defensa judicial contraída con el vendedor. Su intervención por lo tanto no configuraba la asunción voluntaria de una obligación ajena, sino un vínculo jurídico, negándosele así la *exceptio SC Vellaeiani*.

Sin embargo, paralelamente al sistema de la representancia procesal como *procurator* o *cognitor in rem suam* por parte del comprador, se encuentra un texto en materia de *petitio hereditatis*,[187] en donde el mencionado vínculo obligatorio de la defensa judicial parecería asumir relevancia frente a terceros, a quienes se les otorga dicha acción de forma útil directamente contra el mismo comprador, como se señala en Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.13.4-5,[188] ya analizado anteriormente (cap.2 § III), que en la parte que nos interesa trata de un problema de legitimación pasiva en caso de que un tercero deba ejercitar una *petitio hereditatis* sobre la herencia vendida. Ulpiano se pregunta si en este caso puede admitirse el otorgamiento de tal acción en la forma de *actio utilis* para evitarse que el comprador de la herencia sea convocado en tantos juicios singulares (*Quid si hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur?*). Después de haber reafirmado que de todos modos el vendedor está legitimado pasivamente, responde citando la opinión de Casio Longino, de que la *hereditatis petitio utilis* podía ser otorgada contra el comprador. No es posible establecer en base a las palabras de Ulpiano si la presente postura haya terminado por prevalecer o bien haya quedado aislada y si el propio jurista la compartió o no; lo que resulta interesante es apreciar como almenos algunos juristas, anteriormente a la reforma de Antonino Pío que trataremos dentro de breve, reconocieran por motivos de economia procesal la posibilidad a terceros de ejercitar esta acción, si bien en la forma *utilis*, di-

rectamente contra el adquirente de una herencia y no como representante del vendedor de la misma.

El modo mediante el cual el vendedor transmitía los créditos de la herencia se realizaba originariamente mediante la sola cesión de acciones (*praestare actiones*) para su exigibilidad. Como resulta del texto de las Instituciones gayanas 2.252 y de sus comentarios anteriormente examinados,[189] el vendedor de la herencia se obligaba a permitir al comprador el ejercicio como *procurator* o *cognitor* de las acciones hereditarias.: *ut etiam* (el vendedor) *pateretur eum* (el comprador) *hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi*. Utilizándose también en este caso el mecanismo del *mandatum in rem suam*, con el cual el cedente nombraba al cesionario como su representante procesal, permitiéndole hacer valer en juicio como propia la acción contra el deudor.[190] La misma obligación de ceder las acciones, además de una *stipulatio emptae hereditatis*, podía ser incluída en una cláusula del contrato consensual, como hemos observado en Juliano D.17.1.14. pr.[191]

Una fundamental inovación en este campo fue introducida mediante *rescriptum* por el emperador Antonino Pío (138-164 d.C.), con referencia específicamente a una venta de herencia, abriéndose camino a una profunda modificación del sistema clásico de transmisión de los créditos.[192] Tal inovación es expresada en un texto de Ulpiano, *libro quarto ad edictum* D.2.14.16.pr., que dice:

> *Si cum emptore hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. nam ex quo rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.*

El jurista comenta que, si un deudor hereditario hubiese pactado con el comprador de la herencia y después el vendedor de la misma demandase el cumplimiento de la obligación, le perjudicará la excepción de dolo; porque desde que por rescripto del Divino Pío se estableció que deben darse al comprador

de la herencia las acciones útiles, con razón puede el deudor hereditario usar de la excepción del dolo contra el vendedor.

El caso planteado por Ulpiano tiene gran interés en nuestra materia; el comprador de la herencia acordó con un deudor hereditario mediante la celebración de un *pactum de non petendo* a no exigirle determinada prestación; el vendedor, extraño a la celebración de tal pacto, exige la pretención al deudor en base al principio que, no obstante la compraventa de la herencia, el permanecía heredero y por lo tanto podía demandar el cumplimiento de las deudas hereditarias. Sin embargo el jurista, teniendo en cuenta que la concesión de *actiones utiles* contra los deudores hereditarios al comprador de la herencia, dispuesta por el emperador, dependía al menos del reconocimiento de la identidad de su posición a la del vendedor heredero, consideraba por ello posible la oposición por parte del deudor de la *exceptio doli* contra éste último a causa de la violación del pacto.

Las sospechas de interpolación de la mención de la *actio utilis* a favor del cesionario en el presente texto[193] han sido abandonadas por los estudiosos actuales,[194] que reconocen la posibilidad otorgada por tal rescripto al comprador de la herencia de emplear las acciones útiles contra los deudores hereditarios, asumiendo también en campo procesal la misma posición del heredero; y estos últimos por lo tanto resultan legitimados a oponer *exceptiones* contra el vendedor heredero para hacer valer pactos celebrados con el comprador de la herencia.

No obstante, la eficacia del rescripto de Antonino Pío en materia de venta de herencia presenta ciertos problemas. En efecto, en las fuentes jurídicas sucesivas, por un lado se hace referencia al empleo de las acciones útiles en favor del comprador, y por el otro, sigue aplicándose todavía el mecanismo del *mandatum in rem suam*. Esta realidad se aprecia al final de la época clásica en una constitución del emperador Alejandro del año 224 d.C. y probablemente en un texto de Ulpiano. La primera se encuentra en C.4.39.5, que dice:

> *Emptor hereditatis actionibus mandatis eo iure uti debet, quo is, cuius persona fungitur, quamvis utiles etiam ad-*

versus debitores hereditarios actiones emptori tribui placuerit.

El texto menciona que el comprador de la herencia, después de que le son cedidas las acciones, debe usar el derecho de quien sustituye, aunque se haya establecido que las acciones útiles contra los deudores hereditarios sean atribuídas al comprador. Como es dicho claramente, en este texto se manifiesta la utilización de la *procuratio in rem suam,* con la finalidad de que el comprador pueda disponer del derecho, que le correspondía al vendedor antes de la celebración del negocio. No obstante, se hace también mención del derecho de ejercitar las acciones útiles contra los deudores de la herencia, que ya era reconocido por las constituciones imperiales y por los juristas, como indicaría el verbo *placere*.[195] La presente constitución por lo tanto confirma todavía la vigencia de dos formas por las que el comprador hace suyos los beneficios de la herencia, por un lado, la originaria, expresada en el *mandatum in rem suam,* con el que se cedían las acciones de las que era titular el causante; y por otro lado, la nueva mediante las acciones útiles contra los *debitores hereditarii,* cuya titularidad era reconocida directamente al comprador. En ambos casos el principio afirmado por la Cancilleria imperial es claro: el comprador puede únicamente tener los mismos derechos del vendedor contra los deudores hereditarios.

El texto de Ulpiano, *libro sexagesimo quinto ad edictum* D.3.3.55, según la doctrina más relevante, en origen habría tratado del *emptor hereditatis procurator in rem suam*:[196]

Procuratore in rem suam dato preferendus non est dominus procuratori in litem movendam vel pecuniam suscipiendam: qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.

Cuando es dado un procurador en su propio nombre (*procurator in rem suam*), el titular no debe ser preferido a tal procurador en la promoción del conflicto o en la recepción del dinero, puesto que quien tiene las acciones útiles exáctamente

las hace valer. Si aceptásemos la hipótesis de la referencia a la compraventa de herencia, dicho texto probaría no sólo la coexistencia de las dos formas de cesión de acciones, sino además la influencia del mecanismo de las acciones útiles sobre el sistema del *mandatum in rem suam*; implicando que, en caso de conflicto entre las partes, el comprador tuviera preferencia respecto al vendedor en el ejercicio de las acciones.

La aplicación aún en la época clásica tardía de la cesión de las acciones hereditarias al comprador mediante el sistema del *mandatum in rem suam* se observa en algunos textos de Ulpiano y en otra constitución del año 223 del mismo emperador Alejandro.

El jurista hace mención de tal sistema dos veces en el fragmento D.18.4.2 (*libro quadragensimo nono ad Sabinum)*: en el § 3, que examineremos dentro de breve: *venditor hereditatis ... mandare potest earum rerum persecutionem actionesque tribuere*, y de forma más amplia en el § 8, en el cual se dice:

Non solum autem hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes quas ipse heres constituit dicendum erit praestari emptori debere: itaque et si fideiussorem acceperit ab hereditario debitore, ipsam actionem quam habet heres praestare emptori debebit: sed et si novaverit vel in iudicium deduxerit actionem, praestare debebit hanc ipsam actionem quam nactus est.

Según la opinión del jurista, deben ser cedidas al comprador (*praestari emptori debere)* no sólo las acciones hereditarias, sino también aquellas relativas a obligaciones que el mismo heredero hubiese constituído, por esto, también si él hubiese aceptado un fiador de un deudor hereditario, debería prestar la correspondiente acción al comprador; y también cuando hubiese novado o bien deducido en juicio una acción, debería prestar esta misma acción adquirida.

El texto expresa la obligación del vendedor de transmitir todas las acciones al comprador derivadas de la herencia incluyéndose aquellas adquiridas por él, como por ejemplo, si antes de realizar la venta hubiese obtenido otros créditos en razón de unas cosas hereditarias o bien hubiese aceptado fiadores en lo

referente a créditos hereditarios; lo mismo sucedería en caso de que se hubiese novado por el heredero la obligación del deudor. Más difícil es la interpretación de las palabras *si in iudicium deduxerit actionem*, puesto que podrían sobreentender la *translatio iudicii*, por la cual el comprador tendría derecho a encontrarse en la misma posición que tenía el vendedor dentro del proceso después de la *litis contestatio*; o bien, tales palabras podrían referirse a la *actio iudicati.*[197] En una u otra hipótesis es importante para nuestra investigación apreciar que el vendedor se encontraba obligado a transmitir también las acciones que se estuviesen ejercitando o la misma acción para aplicar la cosa juzgada.

La constitución de Alejandro Severo es recogida en C.4.39.4, ya examinada en el capítulo 1 §V, en donde se examina el caso del vendedor de una herencia que no es constreñido a entregar las cosas o ceder las acciones de la misma, porque fue persuadido dolosamente por el comprador de su cuantía exigüa para que le realizase la venta: *Qui nondum certus de quantitate hereditatis, persuadente emptore, quasi exiguam quantitatem eam vendidit, bonae fidei iudicio conveniri, ut res tradat vel actiones mandet, non compellitur.*

En lo que afecta a la presente parte de nuestra investigación, de estos textos parece evidente la falta de consideración del sistema de las acciones útiles introducido por Antonino Pío.

La coexistencia de los dos medios procesales que acabamos de examinar ha ocasionado diversas explicaciones en doctrina, sin que ninguna de ellas parezca decisiva.[198] No obstante, el análisis de los textos anteriormente expuestos podría fundamentar también otra hipótesis. Los textos de Ulpiano D.2.14.16. pr. y D.3.3.55 y de C.4.39.5, en donde se hace mención de la inovación de Antonino Pío, hablan de la concesión de *actiones utiles* exclusivamente contra los deudores hereditarios. De tal constatación podría quizá deducirse que la intervención imperial concerniese en origen solamente a las *actiones in personam,* estableciendo por estas la elección entre los dos mecanismos y no tocando por el contrario el mecanismo del *mandatum actionis* para las *actiones in rem* dirigidas a la recuperación de las cosas hereditarias contra los poseedores.

Por lo tanto en la venta de herencia durante la parte final de la época clásica ambos medios procesales habrían coexistido, pero en el sólo campo de la exigibilidad de créditos, donde se usaban las acciones útiles o la *procuratio in rem suam,* mientras que en materia de acciones reales continuaba este último sistema.

En favor de nuestra hipótesis es conveniente recordar:

a) El texto de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.3, tratado anteriormente, distingue de modo claro entre *mandare* las acciones *in rem (persecutiones)* y atribuír el ejercicio de las acciones *in personam (actiones):"quatenus mandare potest earum rerum persecutionem actionesque tribuere."* Tal texto al utilizar el verbo *mandare* haciendo referencia a las *persecutiones* podría implicar la confirmación de la utilización de la sola *procuratio in rem suam* para tal cometido, mientras el empleo del verbo *tribuere,* el mismo que la constitución C.4.39.5. relaciona al rescripto de Antonino Pío, para las acciones *in personam (actiones)* podría hacer referencia a su concesión también como acciones *utiles* por parte del pretor.[200]

b) Una constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano (287-305) en C.4.39.8, en que se menciona el doble sistema del *mandatum in rem suam* y de las acciones útiles con referencia a la venta de un crédito:

> *Ex nominis emptione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit, sed vel in rem suam procuratori facto vel utilis secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur.*

Los emperadores afirman que en base a la compraventa de un crédito la propiedad de las cosas obligadas no se transmite al comprador, concediéndole por el contrario la persecución de las mencionadas cosas como procurador en su propio nombre o bien con una acción útil, según lo que fue constituído anteriormente a ejemplo del acreedor.

En la presente constitución, aunque se trate de la compraventa de un crédito, se manifiesta el principio que podría con-

siderarse también válido para los créditos cedidos en una *venditio hereditatis;* en efecto se observan los dos medios del *mandatum in rem suam* y de las acciones útiles únicamente en lo referente a una acción personal.

c) La constitución de Justiniano del año 531 d.C, C.4.39.9, en que el emperador declara la total equiparación entre las acciones personales y reales en la compraventa de una acción, otorgando al comprador la posibilidad de ejercitar las segundas como acciones útiles:

> *Certi et indubitati iuris est, ad similitudinem eius, qui personalem redemerit actionem, et utiliter eam movere suo nomine conceditur, et eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate.*

Es derecho cierto e indudable que, como el que adquiere una acción personal puede ejercitarla en su nombre como acción útil, así también el comprador de una acción *in rem* puede usar de la misma facultad. Aunque si bien este texto se refiere a la compraventa de una acción, su contenido podría considerarse aplicable también a las acciones que debían ser transmitidas al comprador en la compraventa de herencia. El hecho de que tal constitución hubiese sido emanada en la edad justinianea no excluye que refleja la situación existente anteriormente, en que resultaba una diferente disciplina jurídica entre los dos tipos de acciones en lo concerniente al mencionado punto, y que el emperador quiere superar tal diferencia afirmando o reafirmando la aplicación del régimen de las acciones útiles también al adquirente de una *actio in rem.*

De todo lo anterior no resultan argumentos contrarios a dicha hipótesis ni en lo referente a la mención de *mandare actiones* en C.4.39.4. a causa de su carácter genérico, ni tampocc del *praestare actiones* de D.18.4.2.8, en el cual todos los ejemplos se refieren a *actiones in personam* sin hablar de las *in rem.* En tal enfoque la opinión del influjo del régimen de la concesión de las *actiones utiles* sobre el mandato de acción en lo que respecta a las acciones *in personam* es plenamente compatible.

CAPÍTULO 4
LA CALIDAD DE HEREDERO DEL VENDEDOR Y SUS EFECTOS JURÍDICOS

> *Inter venditoris obligationes ex hoc contractu est emptori praestare se heredem esse. Notabo proinde prudentium fragmenta in quibus haec obligatio consideretur atque eius effectus. Denique quid sit venditoris obligatio praestandi emptori omne hereditatis lucrum exponam atque quaestiones ad rem pertinentes conabor solvere.*

SUMARIO. I. *Obligación de garantizar la calidad de heredero.* II. *Sus efectos en cuanto al monto de la herencia, garantías por evicción y vicios ocultos.* III. *Obligación de restituere al comprador id quod ex hereditate pervenit pervenerit ve.*

I. OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR LA CALIDAD DE HEREDERO

Del hecho de que el vendedor en la compraventa de herencia actúa como heredero se deriva su obligación de garantizar al comprador tal calidad; al respecto la doctrina suele mencionar la responsabilidad del vendedor por su *verum nomen heredis.*[201] Dicha obligación se deduce de numerosos textos de juristas, que presuponen tal obligación para solucionar las siguientes cuestiones.

1) Las referencias más antigüas se encuentran en Labeón que, mencionado por Ulpiano, *libro decimo nono ad edictum* D.10.2.4.3, expresa que el heredero vendedor, para dar prueba de tener tal calidad, en caso de herencia testamentaria debía conservar o depositar en un templo una copia del testamento

(tabulae testamenti) que demostrara la autenticidad del mismo. Dice el texto en la parte que nos interesa lo siguiente:

> *...nam et Labeo scribit vendita hereditate tabulas testamenti descriptas deponi oportere: heredem enim exemplum debere dare, tabulas vero autenticas ipsum retinere aut in aede deponere.*

Labeón parecería optar por el depósito del testamento en un templo, una vez vendida la herencia, para garantizar al comprador del efectivo título de heredero, Ulpiano admitía también la posibilidad de que el mismo vendedor-heredero conservase el original del testamento; en ambos casos estaba obligado a entregar copia del testamento al comprador *(heredem... exemplum debere dare)*.

Otra referencia es incluída en un caso discutido por Labeón y epitomado por Javoleno (*libro quarto posteriorum a Iavoleno epitomatorum)* en D.18.4.24, ya examinado en el cap. 1 § V, cuyo inicio presupuene la calidad de heredero del vendedor: *Hereditatem Cornelii vendidisti: deinde Attius, cui a te herede Cornelius legaverat, priusquam legatum ab emptore perciperet, te fecit heredem* (Has vendido la herencia de Cornelio, después Atio, al que Cornelio había legado algo de tí heredero, antes de percibir el legado del comprador, te hizo heredero).

2) En los textos de los siguientes juristas así como en las constituciones de la Cancillería imperial el término *heres* es empleado como sinónimo de *venditor hereditatis*. Tal empleo se aprecia *v.g.* en Juliano mencionado por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.7, en el mismo Ulpiano, *ibidem* D.18.4.2.8, .10, 14 y.17-19, en Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21 y *libro trigesimo secundo ad edictum* D.35.2.71; así como también en C.6.37.2. del 197 d.C.[202]

3) El texto de Ulpiano, *ibidem* D.18.4.2.10, ya examinado anteriormente (cap. 1 § V), comentando los libros del *ius civile* de Sabino, manifiesta una clara distinción, posiblemente expresada por el mismo jurista del siglo I, entre ventas en que el heredero actúa como tal y ventas en que aparece sólo como vendedor. Ulpiano hace referencia al hecho de que el heredero

ha vendido una cosa hereditaria y ha sido condenado por causa de esta venta, manifestándose que en tal caso no se le condena porque es heredero, sino porque actuó como vendedor *(denique si rem hereditariam heres vendiderit ac per hoc fuerit condemnatus, non habet contra emptorem actionem, quia non ideo condemnatur, quod heres esset, sed quod vendiderit...)*. En el texto el heredero vendió una *res hereditaria* singular fuera de la venta de la herencia (antes de la misma o bien porque la exceptuó al momento de la celebración del negocio) y su condena probablemente fue ocasionada por la evicción sufrida de tal cosa por el adquirente.[203] Por lo tanto, para que el vendedor pueda ejercitar la acción de regreso contra el comprador de la herencia, no basta que haya sido condenado por motivo de la venta de una cosa hereditaria, sino que además sería necesaria su actuación como heredero y no como simple vendedor. De tal opinión se pone de relieve el hecho de la realización de una compraventa de herencia en donde el vendedor es el *heres* dándole por lo tanto derecho de exigir al comprador el rembolso de lo que fue condenado a pagar por causa de la misma herencia.

Confirmando la distinción entre los casos en que el vendedor de la herencia actúa como heredero y en los que no actúa como tal, se encuentra la parte central del largo texto de Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21, lo siguiente:

> *...at cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut, si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam...*

Dando luz a la diferencia de responsabilidad del vendedor en caso de que perezca la *merx* en la venta de una cosa singular vendida a otro antes de entregarla al primer comprador, y en caso de que perezca una cosa hereditaria, conseguida por el vendedor después de la venta de herencia y vendida a otro, dice Paulo que en este último caso se consideraría como convenido tácitamente entre las partes que, si el vendedor hizo algo como heredero, responderá al comprador como si realizase un negocio de aquel.[204] La expresión *si quid tamquam heres feci*

(si hice algo en cuanto heredero) prueba que se distinguían entre las actividades del vendedor de una herencia las que realizaba en su calidad de heredero y solamente en tales casos valía su responsabilidad frente al comprador como si fuese su representante.

La obligación del vendedor de entregar al comprador todo lo que por causa de la herencia le llegase, se fundamenta en el hecho de que continúa siendo heredero; por lo tanto, las consecuencias de sus actos, que realiza de tal calidad después de la celebración del negocio, tienen que transmitirse al comprador, configurándose como representante de éste último. En doctrina tal relación ha sido considerada como *negotiorum gestio*[205] si bien atípica porque se basada sobre un acuerdo[206] tácito, encontrando su confirmación también en otra expresión del mismo fragmento de Paulo, en donde se dice: *sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam quam hereditatis* (pero cuando he vendido una herencia y después he vendido una cosa de ésta, puede resultar que haya realizado un negocio del comprador[207] más que de la herencia). No obstante, en ambos casos las palabras del jurista no dan una calificación jurídica a esta forma de representación, limitándose a hablar de la celebración de un negocio ajeno, y la referencia a un acuerdo tácito (*tacite hoc agi videtur*) del primer texto paulino haría difícil considerar la hipótesis de una gestión de negocios pensándose más bien en una forma de mandato. Una consecuencia del principio de que el vendedor conserva su calidad de heredero, siendo todavía titular de los bienes hereditarios adquiridos posteriormente, es la imposibilidad por parte del comprador de la herencia de exigir al tercero la restitución de los bienes que se le habían vendido por el propio vendedor; por lo que, en tal caso el comprador podía hacer valer, mediante la *actio empti* o *ex stipulatu* según lo visto anteriormente, la respectiva responsabilidad al vendedor.[208]

Las dudas de interpolación de esta parte del presente texto, fundamentadas una vez más sobre el supuesto carácter bizantino de la referencia al contrato de compraventa, en lugar de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*,[209] no sólo son

negadas por lo que hemos expresado anteriormente (cap. 1, § VI), sino que no cambiarían la sustancia del principio que señala la importancia de que el vendedor actúe como heredero para que pueda responder de los *lucra* frente al adquirente.

4) Otros textos que demuestran la obligación del vendedor de responder de su calidad de heredero pertenecen al mismo Paulo. El primero, *libro trigesimo tertio ad edictum* D.18.4.16, que dice:

> *Si quasi heres vendideris hereditatem, cum tibi ex senatus consulto Trebelliano restituta esset hereditas, quanti emptoris intersit teneberis.*

El texto comenta que, si el vendedor ha vendido la herencia como si fuera heredero, habiéndola recibido por el contrario en base al senadoconsulto Trebeliano, será obligado a resarcir al comprador el *quantum interest*. El que vendió la herencia realmente no era heredero, sino fideicomisario universal, como puede deducirse de la referencia al senadoconsulto propio de la institución. Tal fideicomisario, no obstante de tener las acciones que por derecho civil le correspondían en pro y en contra del heredero,[210] no estaba facultado para actuar como tal realizando la venta de la herencia, por lo que será responsable con el comprador de los daños-intereses que le hubiese ocasionado, en virtud de carecer de la calidad de heredero.

El segundo es el D.18.4.13, que se encuentra dentro de la cadena de textos referentes a la problemática de la venta de la esperanza de herencia, analizada anteriormente (cap.2 § II). Muy claras son las palabras del texto al decir: *si ita non convenit, ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet, tunc heredem se esse praestare debet* (si no se ha acordado así, que todo el derecho que tenga el vendedor lo tenga el comprador, entonces <vendedor> debe garantizar de ser heredero).[211] De un lado las partes en el ejercicio de su autonomía optan por un negocio de naturaleza aletoria que es válido también si al momento de su celebración el vendedor no tenía la calidad de heredero; por el otro lado, se encuentra la precisa afirmación del principio que, fuera de tal caso, el vendedor tenía que *praesta-*

re heredem se esse. Al aceptar la realización de esta forma de compraventa de herencia el adquirente, obligándose ya al pago del precio, asume el riesgo de que el vendedor no pudiese tener tal calidad. Otro caso al respecto es el referente a la utilización como forma negocial de la *in iure cessio hereditatis venditionis causa* realizada *ante aditionem* por parte del llamado a la herencia *ex lege*, porque en dicha hipótesis, el comprador adquiría la posición de *heres*.

II. Sus efectos en cuanto al monto de la herencia, garantías por evicción y vicios ocultos

Las aplicaciones prácticas de la obligación examinada en el parágrafo anterior, que se manifiestan en las fuentes jurídicas, indican un régimen particular de la compraventa de la *hereditas* respecto a los siguientes puntos.

A. El texto de Paulo, *libro trigesimo tertio ad edictum* D.18.4.14.1, unido por los compiladores al de Gayo, *libro decimo ad edictum provinciale* D.18.4.15, hace patente que no importa el monto de la herencia, a menos que el vendedor no la haya declarado explícitamente. En el primer texto se dice que las cosas hereditarias deben ser entregadas por el vendedor no siendo relevante la cantidad de la herencia (*venditor res hereditarias tradere debet: quanta autem hereditas est, nihil interest*)[212] Tal aseveración es complementada con el segundo texto al mencionarse: *nisi de substantia eius adfirmaverit,* que corresponde a la siguiente salvaguarda "a no ser que se haya afirmado la sustancia de esta"; implicando por ello que el principio general ocasionase la irrelevancia del monto de la herencia, salvo que se hubiese afirmado el mismo. La *ratio* de tal principio se encuentra en el hecho de que el vendedor tenía que garantizar al comprador sólo su calidad de *heres,* excluyéndose la extensión de tal garantía a la cantidad de la *hereditas* vendida, a menos que las partes hubieren expresado lo contrario; en tal caso, el vendedor no deberá entregar sólo las cosas hereditarias que componen la herencia, sino el importe exacto que hubiese manifestado al comprador, ocasionando su

responsabilidad si la herencia o su cuota fuese menor de lo que había sido declarado.

B. El vendedor no se encuentra obligado a garantizar de evicción, indicándose tal excepción al principio general de la compraventa por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.pr, que manifiesta:

> *Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet, cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat quam apud heredem futurum esset: plane de facto suo venditor satisdare cogendus est.*

El texto menciona que el vendedor de la herencia no debe prestar la *stipulatio* de evicción *(satisdare de evictione),* conviniéndose entre las partes que el comprador no tenga ni mayor ni menor derecho que tomaría el vendedor heredero; claramente éste último es constreñido a estipular por el hecho suyo.

Al señalarse en el contrato de venta de herencia la cláusula *ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat quam apud heredem futurum esse,* el vendedor no responderá de evicción de cosas hereditarias singulares, porque su responsabilidad se centrará únicamente sobre su calidad de heredero. Si el *de cuius* careciera del derecho de propiedad sobre determinada cosa de la herencia, el heredero al venderla será protegido con la cláusula antes mencionada en caso de que uno o varios de los bienes no resultasen dentro del patrimonio hereditario, no respondiendo de evicción total o parcial. Este particular aspecto del contrato ha hecho que en doctrina[213] se hablase de su normal naturaleza aleatoria.

Las palabras *cum id inter ementem et vendentem agatur* podrían en linea teórica interpretarse de dos modos. La primera interpretación entiende el *cum* en el sentido causal, lo que ocasionaría que la frase asumiese el significado "puesto que el comprador y el vendedor acordaron que..." Tal sentido, compartido por la mayoría de la doctrina[214] consideraría que la exclusión de la responsabilidad por evicción valiese en todos los

casos. Y en realidad tal consecuencia jurídica se explicaría a la luz de la particular obligación del vendedor de ser heredero y no de garantizar el monto de la herencia. Por el contrario, si el *cum* tuviese un valor temporal, la misma frase significaría: "cuando el comprador y el vendedor acordaron que..". Esta segunda interpretación implicaría que la falta del mencionado acuerdo ocasionase que el vendedor respondiese de evicción y no sólo de su carácter de heredero. No obstante, aunque en favor de la segunda solución pueda señalarse la posibilidad de que las partes tenían que disponer de tal responsabilidad en la *emptio venditio* general mediante el *pactum de non praestanda evictione,*[215] los argumentos anteriores y la parte final del fragmento sobre la *satisdatio de facto suo* por parte del vendedor nos inclinarían a pensar como más probable la primera solución.

En lo expresado al final de D.18.4.2.pr. cabe decir por último, en lo referente a que el vendedor debe prestar la *stipulatio* por evicción del hecho suyo, que esto significa que el vendedor no es responsable por la evicción causada por un acto del *de cuius,* mientras que tal responsabilidad surgiría por sus propios actos.[216] De ahí que, si hubiese vendido una cosa ajena como hereditaria, se encontraría obligado a responder de su acto con el comprador que haya sufrido de evicción.

C. La misma razón de garantizar únicamente su calidad de *heres,* que acabamos de examinar en la garantía de evicción, explica también la exclusión de la responsabilidad del vendedor de una herencia por los vicios ocultos de las cosas hereditarias transmitidas. La exoneración de dicha responsabilidad se encuentra en un texto de Ulpiano, *libro primo ad edictum aedilium curulium* D. 21.1.33.pr, que muestra una opinión de Pomponio sobre tal responsabilidad por los singulares objetos incluídos en un peculio o en una herencia, diciendo lo siguiente:

> *...Eandem rationem facere Pomponius ait, ut etiam, si hereditas, aut peculium servi venierit, locus edicto aedilium non sit circa ea corpora, quae sunt in hereditate, aut in peculio...*

En relación con lo que comentabamos anteriormente al presente texto, Pomponio considera que la misma razón hace que, aunque se haya vendido la herencia, o el peculio de un esclavo, no haya lugar el edicto de los ediles curules respecto a aquellos objetos que están en la herencia, o en el peculio. La misma razón que refiere el jurista se encuentra antes de la parte que nos interesa y hace referencia a la venta del esclavo con peculio, considerando que el vendedor no debe responder de que están sanos los *servi vicarii* que estuviesen en el peculio, porque no dijo que había de ser accesorio un objeto cierto, sino que debe entregar tal peculio; y así como no debe responder de la cantidad cierta del peculio, así tampoco de las cosas singulares incluídas en este.[218] La analogía con tal patrimonio radica en que el vendedor de la herencia no deberá responder de la calidad ni de los vicios de las cosas que se encuentren en el patrimonio, porque su obligación es la de entregar la herencia, no respondiendo de su consistencia.

III. Obligaciones de restituere al comprador id quod ex hereditate pervenit perveneritve

De la *stipulatio emptae hereditatis* o de los *pacta adiecta* al contrato consensual con el mismo contenido, examinados en el capítulo primero, sabemos que el vendedor estaba obligado a transmitir (*restituere)* al adquirente todo lo que le llegase de la herencia vendida (*id quod ad eum pervenisset ex hereditate*). La *ratio iuris* de esta obligación debe buscarse en el carácter formal de heredero que siempre permanecerá al vendedor y que podía hacerle adquirir otros bienes por motivo de tal calidad aún después de la *venditio hereditatis.*

Con referencia a dicha obligación de *restituere* en que se desarrolló la elaboración jurisprudencial, se fija una disciplina jurídica bastante completa sobre los siguientes puntos.

A. Los dos textos fundamentales de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.3 y D.18.4.2.1 respectivamente indican los bienes (cosas y acciones) de que se componía la herencia que formaban objeto de dicha obligación y el mo-

mento al cual debía referirse el monto de la herencia que tenía que ser transmitida.[219]

B. El criterio básico de tal obligación se aprecia claramente aún en Ulpiano, *ibidem* D.18.4.2.4, en donde el vínculo de la transmisión al comprador de todo lo que hubiese llegado al vendedor a causa de la herencia vendida tiene validez también para el heredero del mismo vendedor, no existiendo límites temporales al *pervenire*, sino sólo causales en dependencia exclusiva de la herencia vendida:

> *Non tantum autem quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed et quod ad heredem eius ex hereditate pervenit, emptori restituendum est: et non solum quod iam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, restituendum est.*

Como el jurista manifiesta, la obligación de *restituere* tiene como objeto no sólo lo que llegó al vendedor, sino lo que llegó a su heredero *ex hereditate* y no sólo en el momento a que las partes se hubiesen referido al celebrar el negocio, sino en cualquier momento futuro.[220]

C. Aplicaciones de tal principio las hemos encontrado (cap. 1 §§ III y V) en los textos de Aristón citado por Meciano, *libro secundo fideicommissorum* D.32.95, que nos explica que la expresión *quantae summae* del formulario de la *stipulatio emptae hereditatis* incluía también las cosas corporales,[221] de Juliano, *libro duodecimo digestorum* D.15.1.37. pr. que refiriendo la parte correspondiente de tal formulario, hace derivar de esa efectos específicos sobre las obligaciones confundidas por sucesión hereditaria (cap. 6 § II)[222] de Gayo, Inst. 2.252, que resume el contenido de este formulario,[223] de Africano, *libro septimo quaestionum* D.18.4.20. pr., en donde el vendedor está obligado a transmitir al comprador un credito hereditario con consecuencias en materia de confusión hereditaria,[224] del mismo Ulpiano en los §§ 2 y 6 del mismo fragmento D.18.4.2, relativos a un caso de sustitución pupilar[225] y de deuda del hijo o del esclavo en potestad,[226] y *libro trigesimo primo ad edictum* D.17.1.14. pr. sobre la obligación del vendedor de ceder las acciones con referencia a una opinión de Juliano, y en la

constitución del emperador Alejandro Severo recogida en C.4.39.4.[228]

D. Dicha obligación se extiende también a las cosas hereditarias singulares llegadas al vendedor después de la venta de la herencia; en este caso, si el vendedor hubiese vendido la *res hereditaria* a otros, no podría liberarse de su obligación mediante el pago del precio, sino mediante la entrega de la cosa en caso de no haberla trasmitido todavía al tercero adquirente, como es claramente expresado por Celso, *libro trigesimo secundo digestorum* D.50.16.97, cuando afirma que las palabras *'quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit'* del formulario da la *stipulatio emptae hereditatis* hacen referencia a las cosas hereditarias y no a su precio, y por Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21, donde el vendedor, si hubiere celebrado la *stipulatio emptae hereditatis,* resultaría obligado a entregar al comprador la cosa hereditaria conseguida mediante reivindicación, también si la hubiera vendido a otros.[229] Pero, en caso de que la *res hereditaria* singular haya sido ya entregada al tercero comprador, el comprador de la herencia puede sólo ejercitar contra el vendedor la *actio empti (*o bien la *actio ex stipulatu*), como se aprecia en C.4.39.6 del mismo emperador Alejandro Severo,[230] en donde la acción contractual aparece como el único medio de que dispone el comprador de la herencia si la propiedad de las cosas hereditarias fue adquirida por otro comprador (o porque se le transmitió mediante *traditio* o la obtuvo por usucapión). Si la *res hereditaria* haya perecido, el vendedor tiene que entregar su precio al comprador de la herencia.[231]

E. La actitud dolosa o gravemente culposa del vendedor o de su heredero, que impidiese que algo les llegase, implicaba que la obligación de *restituere* de los mismos incluyéndose a tal efecto la cosa o los derechos no llegados, como si les hubiesen llegado efectivamente. Así se expresa Ulpiano, *ibidem* D.18.4.2.5, que aquí exponemos en la parte que en este momento es relevante:[232]

> *Sed et si quid dolo malo eorum factum est, quo minus ad eos perveniat, et hoc emptori praestandum est ... sed et si*

non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur.

Según el jurista, si por dolo del vendedor o de su heredero se ha hecho de modo de impedir que algo les llegase, también esto se debe prestar al comprador, teniendo validez el mismo principio si lo hubiesen realizado no por dolo, sino por culpa grave. Como ejemplos de esta actitud el texto indica, como veremos más adelante (cap. 7 § II), la venta de cosas hereditarias, la remisión de deudas, la falta de posesión de bienes de la herencia. En tal caso el objeto de la obligación de *restituere* se transforma en la indemnización al comprador en lo referente a los bienes que por motivo de tal actitud no pudieron ser adquiridos. La confirmación de tal responsabilidad se manifiesta en otro texto también de Ulpiano en D.45.1.50.1 (cap. 1 § III), donde, al mencionar las palabras de la *stipulatio emptae hereditatis "quanta pecunia ad te pervenerit dolove malo tuo factum est eritve, quo minus perveniat"*, se dice que el vendedor es obligado también en lo que dolosamente impidió que le llegase.

F. Del texto de Ulpiano, *ibidem* D.18.4.2.3 hemos apreciado que dentro del *pervenire* y por lo tanto de la obligación del vendedor de herencia de *restituere* se encontraban también las acciones hereditarias, sea *in personam* contra los deudores de la herencia así como *in rem* para recuperar las cosas hereditarias (*et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum pervenisse, quatenus mandare potest earum rerum persecutionem*). Hemos ya examinado anteriormente (cap. 3 § V) el modo con que se realizaba la transmisión de las acciones hereditarias, cumpliendo el vendedor su obligación de permitir al comprador el ejercicio de éstas como *cognitor* o *procurator*. Desde el momento en que el vendedor permanecía siendo heredero, en su obligación de *restituere* se incluían también las obligaciones que después de la venta de herencia le hubiesen correspondido por motivo de la calidad de heredero o bien le hubiesen podido corresponder y a causa de su actuación dolosa no le correspondieron, valiendo la misma norma vista para las cosas corporales en D.18.4.2.5. Además de la interpretación jurisprudencial podríamos considerar como objeto de la obligación de *restituere* no sólo las acciones pertenecientes al *de cuius*, sino también aquellas de las que era titular el mismo vendedor por efecto de actos concernientes a la herencia vendida, como se manifiesta en la primera parte de D.18.4.2.8: *Non solum autem hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes quas ipse heres constituit dicendum erit praestari emptori debere.*

G. Finalmente la elaboración jurisprudencial ya en la época de Juliano delimitó la obligación de *restituere* del vendedor solamente a los casos de adquisiciones por causa de la herencia, excluyendo las ventajas conseguidas *occasione hereditatis*. Tal mención se encuentra en D.18.4.2.7, que dice en lo que respecta al presente punto:

> *Solet quaeri, an et, si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, emptori restituere id debeat.et est apud Iulianum haec quaestio tractata libro sexto digestorum et ait, quod non debitur exegerit, retinere heredem et quod non debitum solverit, non reputare: nam hoc servari, ut heres emptori non praestet quod non debitum exegerit, neque ab eo consequatur quod non debitum praestiterit... quae sententia mihi placet.*

Como puede observarse, en el texto se pregunta si también las ventajas conseguidas por el vendedor *occasione hereditatis* deben ser transmitidas al comprador. La respuesta se fundamenta sobre una opinión contenida en los digestos de Juliano, que Ulpiano totalmente comparte. Lo que el vendedor haya adquirido de un *debitor* aparente puede retenerlo y lo que haya pagado como indebido no le es computado; por lo tanto, no está obligado frente al comprador por lo que adquirió indebidamente así como tampoco podrá demandarle el reembolso de lo que haya pagado indebidamente a un tercero.[233]

Las ventajas *occasione hereditatis* según lo que expresa el texto corresponden a los beneficios que se obtienen aparentemente por causa de la herencia, pero que no corresponderían a tal; dentro de los mismos se incluyen lo que el vendedor haya adquirido por un deudor aparente y por otro lado lo que un

acreedor aparente hubiese recibido del heredero. En el primer caso el vendedor puede retener lo que le hubiesen pagado indebidamente porque no son beneficios de la herencia, pensándose que en tal caso el comprador no sería responsable contra el tercero por no haber obtenido tal beneficio. En el segundo caso sería factible como lo menciona la doctrina[234] que el comprador mediante la *condictio indebiti* pudiese recuperar lo que el vendedor hubiere pagado indebidamente para recuperar la cantidad que de otra manera no podría ser exigida al vendedor.

CAPÍTULO 5

LAS OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Emptor nummos venditoris facere cogitur ac damna hereditatis, sicut impensa funeris, tributa et cetera onera praestare. Quae damna venditori praestanda sunt examinabo et deinde obligationem defendendi eum contra creditores hereditarios.

SUMARIO: I. *Premisa*. II. *Obligación de pagar el precio*. III. *Obligación de responder por las pérdidas ex hereditate al vendedor*. a) *Indemnización de lo que hubiere dado el vendedor en razón de la herencia*. b) *Los gastos del funeral*. c) *Los impuestos de la herencia*. d) *Las deudas de la herencia*. e) *Indemnización de lo prestado en razón de una condena judicial*. IV. *Obligación de defensa judicial al vendedor*.

I. PREMISA

En las obligaciones del comprador, se pueden observar las comunes a todas las formas de compraventa, existiendo además las específicas a la presente figura contractual. Las primeras se resumen esencialmente en la obligación del pago de precio, mientras que las segundas consistirán en la indemnización de todas las pérdidas patrimoniales causadas por la herencia al vendedor de la misma, así como su defensa judicial. La *ratio iuris* de las mencionadas obligaciones específicas consisten en el hecho de que el comprador de la herencia, aunque no adquiere formalmente la calidad de heredero, se encuentra sustancialmente en la misma posición, beneficiándose de todas las ventajas y sufriendo, por otro lado, de todos los gravámenes de la herencia vendida. Como hemos visto anteriormente (cap. 1 § VI), ambos tipos de obligaciones podían nacer o de *stipulatio-*

nes en origen sustitutivas y después accesorias al contrato consensual, o directamente del contrato consensual.

II. Obligación de pagar el precio

Como en todas compraventas, también el comprador de la herencia está obligado a transferir la propiedad del dinero que constituye el precio, que en el contrato se hubiere obligado a pagar.[235] Es cosa notoria que, según la posición que acabó por prevalecer en la jurisprudencia clásica, el precio debía ser cierto y consistir en dinero contante. Sin embargo, en dos textos que se refieren al pago del precio en una *emptio venditio hereditatis*, que analizaremos en este momento, se señala la posibilidad de que el precio se establezca en una forma determinable (D.45.3.20.1) y sea compuesto parcialmente por créditos (D.44.4.17.2). A esta obligación se agrega, el pagar los intereses a la tasa legal o consuetudinaria por la mora eventual interpuesta al pago. Estos intereses que se fundamentan sobre el *officium* (o *arbitrium*) *iudicis*, son atribuídos al vendedor cuando no son derivados de circunstancias consideradas como injustas al pretenderlos.[236]

Sobre la presente obligación el testimonio más antigüo es el de Labeón citado por Paulo en D.45.3.20.1, en donde el comprador de una herencia se obliga mediante *stipulatio* a pagar como precio *quanta pecunia ad eum pervenisset* (todo el dinero que le hubiese llegado).[237] Es interesante observar como en el presente caso el precio consista en una suma de dinero no precisada exáctamente en el momento del nacimiento de la obligación, sino determinada *per relationem*, dependiendo del precio que a su vez el adquirente pueda obtener de un tercero al que venderá la herencia comprada.Tal circunstancia haría pensar en una función intermediadora del comprador.[238]

En lo referente a esta obligación existen otros dos textos, ambos de Cervidio Escévola. En el primero, que ya fue analizado (cap.1 § III), se trata el caso de un heredero que compra del otro coheredero su cuota de herencia, prometiendo mediante *stipulatio* el pago del precio.[239] El aspecto que en este momento nos interesa es el referente a la posibilidad de que el precio

pueda ser formado en parte por dinero y en parte por créditos a término fijo (*heres ... emit portionem certa quantitate, ex qua aliquam summam in nominibus ex kalendario ...* el heredero compró la cuota a un cierto precio, cuya suma era en parte constituída por créditos a termino fijo ...). En el segundo texto, *libro secundo responsorum* D.18.4.22, el jurista menciona el pago del precio por partes, al decir lo siguiente:

> *Hereditas venditae pretium pro parte accepit: reliquum emptore non solvente quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur. respondi nihil proponi cur non teneantur.*

El texto hace referencia a que el vendedor recibe parte del precio de una herencia vendida, siendo el comprador no solvente para pagar el resto, se pregunta si quedarán obligados los bienes de la herencia en concepto de prenda. A tal cuestión responde el jurista que no habría causa por la que no queden obligados.[240]

Adame,[241] citando a Krüger y a la doctrina interpolacionística,[242] considera que la partícula *non* debe eliminarse, lo cual le daría al texto sentido clásico, siendo añadida por un error del copista o en virtud de una interpolación. La causa por la que, a entender del autor, se propone la eliminación de tal partícula, radicaría en una incongruencia histórica en el texto. La solución clásica más bien parecería ser la de que no se constituía prenda sobre los bienes de la herencia, ya que, en principio, la prenda, en tiempo de Cervidio Escévola, tiene que convenirse expresamente; por el contrario la doctrina de las hipotecas tácitas o legales, fue desarrollada en época de Justiniano, si bien a partir de ciertos precedentes clásicos del siglo III.

Tal aseveración ocasiona ciertas dudas, porque en la actualidad la mayoría de los estudiosos[243] afirman la existencia durante la época clásica de casos de hipotecas constituídas mediante *tacitae conventiones* o inclusive sin estas, como sucedería en favor del arrendador de un fundo sobre los instrumentos (*invecta atque illata*) o frutos del arrendatario,[244] del titular de un déposito (*horrearius*) sobre las mercancías deposi-

tadas,[245] del mutuante sobre la casa cuyas mejorías han sido financiadas con el dinero prestado,[246] del pupilo sobre las cosas adquiridas con su dinero (*pupillaris pecunia)* por el tutor[247] o finalmente del vendedor sobre la *merx* cuando el comprador no haya tampoco ofrecido el pago del precio.[248] Tales casos parecerían ser una prueba suficiente para considerar la clasicidad de la particula *non.*

Del presente texto se puede deducir: *a*) la posibilidad de que las partes de una compraventa de herencia pudiesen acordar de efectuar la realización de un pago a plazos; *b*) la posibilidad de que los bienes de la herencia fuesen entregados en términos sucesivos en relación a los pagos parciales, conviniéndose en una *conventio* expresa o tácitamente una hipoteca en favor del vendedor sobre tales bienes. De ambas posibilidades resulta una vez más el papel fundamental de la autonomía negocial de las partes en este contrato.

III. Obligación de responder por las pérdidas *ex hereditate* del vendedor

El contenido de la presente obligación a cargo del comprador de una herencia es expresado en términos generales por el ya examinado texto de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.9, que dice: *Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere* (Como todo lucro corresponde al comprador de la herencia, también el daño debe corresponderle).[249] Esta afirmación general de que las deudas hereditarias corren a cargo del comprador es confirmada por una constitución de los emperadores Severo y Antonino Caracala recogida en C.4.39.1, que, aunque se refiera al caso partícular de la enajenación de una *hereditas* por parte del fisco, incluye principios aplicables también a todos los negocios de este tipo. Su contenido es:

> *Aes alienum, hereditate nomine fisci vendita, ad onus emptoris bonorum pertinere, nec fiscum creditoribus hereditariis respondere, certum et absolutum est.*

Vendida una herencia en nombre del fisco, es cierto y absoluto que las deudas pertenecen a cargo del comprador de los bienes, y que el fisco no responde a los acreedores de la herencia.[250] Bajo el perfil que nos interesa en el presente texto, observamos: *a*) que cualquiera deuda de la herencia pertenecía al comprador; *b*) que los acreedores podían convocar en juicio también al vendedor, que continuaba siendo heredero y por lo tanto responsable frente a ellos pudiendo exigir al comprador lo que hubiere pagado mediante la acción respectiva. Sin embargo, tales reglas no se aplicaban al fisco no sólo por su posición privilegiada respecto a los particulares, sino mediante la acción respectiva también, jurídicamente hablando, por el hecho de que el fisco no actuaba como heredero, sino probablemente como vendedor de una herencia *caduca* o confiscada.[251]

El testimonio de Gayo Inst. 2.252, en donde se resume el objeto de la *stipulatio venditae hereditatis,* es mayormente estrecho que el de Ulpiano y de la constitución de C.4.39.1, puesto que incluye la indemnización por: a) lo que el vendedor haya pagado en cuanto condenado a título de la herencia (*ut quidquid hereditario nomine condemnatus solvisset*); *b*) lo que el mismo haya dado de otro modo en buena fe siempre *hereditario nomine* (*sive quid alias bona fide dedisset*). Anteriormente a Gayo, en el contexto de D.18.4.18. Juliano ya se refería de modo genérico a todo el dinero dado a título hereditario (*omnem enim pecuniam hereditario nomine datam ...*), considerándolo como una carga de la herencia que debía ser reembolsada al vendedor.[252] De una primera confrontación de estos textos puede suponerse que en Gayo el contenido más limitado de tal obligación del adquirente manifieste el formulario originario de la *stipulatio*, mientras en Juliano, Ulpiano y la misma Cancillería imperial se expresaría la interpretación más amplia que de este contenido originario dieron los juristas clásicos para resolver los frecuentes problemas prácticos. En tal sentido se podrían también explicar las palabras del Gayo de Autún 2.68, que en la interpretación del texto gayano hablan de *bona fide solvere* en lugar de *bona fide dare*, implicando una referencia a cualquier forma de cumplimiento, como también un *facere.*[253]

El punto que es necesario considerar en este momento es el referente al ámbito de tal obligación y a sus aplicaciones concretas.

1. Para determinar este ámbito, a los textos de Juliano, Gayo y Ulpiano y de C.4.39.1 apenas mencionados, tenemos que añadir otros del mismo Ulpiano pertenecientes al largo fragmento D.18.4.2, en donde se hace referencia a algunos principios generales relativos a tal obligación.

El primero es D.18.4.2.11, que dice que el comprador está obligado a indemnizar lo que el vendedor de la herencia, o su procurador u otra persona que actúe como su gestor de negocios hubiera dado en buena fe a causa de la herencia, pudiendo ejercitarse en caso de inejecución la *actio ex vendito*, con tal que al vendedor le faltase algo de su patrimonio.[254] En este texto podemos señalar: 1) que la obligación de indemnizar surge con referencia a todas las pérdidas patrimoniales del vendedor que consistirían en un *dare pro hereditate*, poniéndose a la luz la relación causal entre la herencia y la entrega; 2) que la entrega debía cumplirse en buena fe; 3) que la obligación del comprador existiría en el caso en que no sólo la entrega hubiese sido efectuada por el vendedor, sino también por su representante o por un tercero cualquiera, como gestor de negocios; 4) que la ausencia de pérdidas patrimoniales comportaría la inaplicabilidad de la acción *ex vendito*.

Como segundo texto debe considerarse la parte final de D.18.4.2.3 en que Ulpiano excluye del concepto de *pervenire* al vendedor, y por lo tanto de su obligación de transmitir al comprador, los legados ya cumplidos (*quod legatorum nomine quis praestitit, non videtur ad eum pervenisse*) y las deudas y otras cargas hereditarias (*sed et si quid aeris alieni est vel cuius alterius oneris hereditarii, pervenisse merito negabitur*).[255]

Relacionándose los dos textos, resultaría que en base al primero el vendedor tiene derecho a ser indemnizado de todo lo que hubiese dado *pro hereditate*, mientras en base al segundo este derecho no valería respecto a legados ya cumplidos, deudas y otros gravámenes hereditarios, puesto que, en cuanto excluídos de la herencia que debía ser transmitida, no podían formar objeto de la obligación de indemnizar del comprador.

Esta aparente contradicción en realidad no existe, como puede apreciarse de la exégesis prufundizada de los textos.

Una hipótesis que podría manejarse en línea teórica es que la exclusión del *pervenire* afirmada en D.18.4.2.3, y consecuentemente en la obligación de indemnización por parte del comprador, se refiera únicamente a los legados ya cumplidos y a las deudas ya pagadas por el vendedor como heredero en un momento anterior que las partes fijaron para determinar el monto de la herencia vendida. Transmitiéndose por el contrario al comprador los gravámenes todavía no satisfechos en dicho momento y lo que el vendedor o su representante posteriormente hubiesen prestado en razón de la buena fe, como dice D.18.4.2.11, teniendo en este último caso derecho a la indemnización frente al comprador. En conclusión, el criterio para establecer el ámbito de la obligación aquí examinada sería un criterio simplemente temporal con referencia al momento acordado por las partes o, en su ausencia, como dice D.18.4.2.1, al momento de la celebración del negocio. Sin embargo tal hipótesis no es aceptable, puesto que no explicaría por qué el vendedor tiene derecho al reembolso, como veremos dentro de breve, de los gastos funerarios y de los impuestos pagados *hereditario nomine* anteriormente a la venta de la herencia.

Por el contrario, el análisis de los textos hace verosímil otra hipótesis, manifiestando que el heredero vendedor podría conseguir del comprador la indemnización de todo lo que él o su representante hubiesen prestado en buena fe por causa de la herencia con sus propios bienes.[256] Las expresiones de los juristas en efecto hablan con referencia al vendedor de *hereditario nomine aliquid bona fide dare* (Gayo, Inst. 2.252), *dare aliquid pro hereditate* (D.18.4.2.11), *omnis pecunia hereditario nomine data* (D.18.4.18), *quidquid Maevianae hereditatis nomine praestare* (D.18.4.2.15), *quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem* (D.18.4.2.20), poniendo en relación causal la herencia vendida con las prestaciones patrimoniales efectuadas por el mismo vendedor por motivo de ésta y excluyendo su realización con bienes hereditarios. Tales expresiones implican por lo tanto el cumplimento de estas prestaciones con el patri-

monio propio del vendedor en cuanto heredero, otorgándole así el derecho de exigir la indemnización del comprador. Al aceptar dicha hipótesis, se explicaría también la exclusión (afirmada en D.18.4.2.3) de los legados y otros gravámenes ya cumplidos de esta obligación del comprador, puesto que se trataría de cargas satisfechas por el vendedor con bienes hereditarios en lugar de propios.

A la luz de lo que acabamos de presentar, el criterio básico será que la obligación del comprador de indemnizar se extiende inclusive en todas las *dationes* y de forma más general en todas las prestaciones realizadas por el vendedor con sus riquezas en cualquier momento que tuviesen como fundamento la herencia, valiendo una relación causal y no temporal. Por el contrario, quedan excluídas las cargas hereditarias cumplidas por el vendedor con dinero u otras cosas de la herencia misma, teniendo estas prestaciones relevancia solamente en referencia al momento fijado por las partes para determinar el monto de la herencia vendida.

El contenido que esta obligación podía asumir, prácticamente se manifiesta en los casos concretos examinados por los juristas, que a continuación se presentan.

2. Legados. En un texto de Labeón epitomado por Javoleno D.18.4.24, en la parte que bajo este perfil nos interesa,[257] el heredero vendedor de la herencia de Cornelio, gravado con un legado a favor de Atio, vende dicha herencia y antes de que el comprador pague el legado, es instituído heredero por el mismo legatario Atio (*hereditatem Cornelii vendidisti: deinde Attius, cui a te herede Cornelius legaverat, priusquam legatum ab emptore perciperet, te fecit heredem*). En esta situación el jurista otorga al vendedor el derecho de ejercitar la acción de venta contra el comprador para obtener la prestación de tal legado, puesto que su cumplimento determinó el pago de un precio menor en la compraventa de la herencia (*recte puto ex vendito te acturum, ut tibi praestetur, quia ideo eo minus hereditas venierit, ut id legatum praestaret emptor*).

Del presente texto pueden derivarse dos deduciones: de un lado, los legados, que no se hayan cumplido aún se transmitirían al comprador que estaría obligado a satisfacerlos, como

expresan las locuciones *priusquam legatum ab emptore perciperet* y *ut id legatum praestaret emptor*. En base a lo que dijimos en el punto 1 también en lo referente a los legados prestados por el heredero vendedor con sus bienes tendría derecho a la indemnización contra el comprador. Por el otro lado, la indemnización podría incluír también la disminución del precio pagado por el comprador en la adquisición de la herencia a causa de la existencia del legado, cuando el mismo comprador no hubiese cumplido este legado. En tal caso el vendedor haría valer sus razones ejercitando la *actio venditi*, como manifiestan las palabras del jurista *puto ex vendito te acturum, ut tibi praestetur, quia ideo eo minus hereditas venierit*.[258]

Continuando en materia de legados, la voluntad de las partes podía modificar también de forma más onerosa esta obligación, como se encuentra en Paulo, *libro trigesimo secundo ad edictum* D.35.2.71,[259] que dice:

> *Potest heres in vendenda hereditate cavere, ut et lege Falcidia interveniente solida legata praestentur, quia ea lex heredis causa lata est nec fraus ei fit, si ius suum deminuat heres.*

El heredero en la venta de la herencia puede celebrar una estipulación (*cavere*), con la cual se promete que los legados serán cumplidos por entero no obstante la posibilidad de aplicar la *lex Falcidia*, que garantizaba la pertenencia de un cuarto de la herencia a los herederos (*quarta Falcidia*).[260] Este acuerdo no es considerado contrario al contenido de tal ley (*fraus legi*), puesto que su finalidad era la de proteger los derechos del heredero y por lo que tenía la facultad de disminuirlos dejando sin aplicación tal disposición legal.

Del análisis del texto de Paulo resulta que el comprador de la herencia así como el heredero vendedor estaba obligado a cumplir los legados dentro de los límites de la ley Falcidia. Sin embargo, se manifiesta también la posibilidad de que el heredero se hiciese prometer del comprador de la herencia, mediante una *cautio* accesoria al contrato, la prestación integral

de los legados no obstante dichos límites. Por lo tanto, al aceptar tal estipulación el comprador asumiría voluntariamente esta obligación más ampliamente, que implicaría por lo tanto una eventual renuncia al cuarto legal garantizado de la herencia adquirida.

3. Obligaciones hereditarias. Según un texto de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum,* D.18.4.2.20, el comprador de la herencia está obligado a indemnizar al vendedor también de las obligaciones constituídas pero no cumplidas todavía:

> *Sed et si quid venditor nondum praestiterit, sed quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem, nihilo minus agere potest cum emptore.*

Si el vendedor no hubiese prestado algo todavía, pero se hallase obligado por cualquier causa a hacerlo por motivo de la herencia, podría igualmente demandar al comprador. Del presente texto se deduciría claramente que en el momento de la venta de la herencia algunas obligaciones *hereditario nomine* ya existían a cargo del vendedor, pero no habían sido cumplidas todavía; no obstante, el jurista le otorga al vendedor la acción *venditi* contra el comprador. El fragmento precisa que tal acción podía ejercitarse antes del cumplimiento de tales obligaciones, ocasionando en doctrina ciertas dudas sobre sus efectos prácticos.[261] Podríamos pensar que una posible interpretación del texto consistía en que el comprador no ha cumplido la obligación con los terceros, por lo que tales le pudiesen exigir el cumplimiento al vendedor, encontrándose este último obligado porque sigue teniendo el carácter de heredero; no obstante, en lugar de cumplir, en base al contrato celebrado entre las partes opta por exigirle al comprador el cumplimiento de la obligación a los terceros. El texto además considera el principio aplicable a cualquier tipo de obligación (*quoquo nomine obligatus sit*), exceptuándose, como es lógico las delictuales, con tal que fuesen constituídas *propter hereditatem*.

El hecho de que el comprador de la herencia sea responsable del pago de las deudas a los acreedores del *de cuius,* ocasiona

consecuencias jurídicas que afectan a terceros, como lo menciona Papiniano, *libro vicensimo quinto quaestionum* D.42.6.2. al decir:

> *Ab herede vendita hereditate separatio frustra desiderabitur, utique si nulla fraudis incurrat suspicio: nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent.*

Una vez vendida la herencia, en vano será al heredero la separación, ciertamente si no hay ninguna sospecha de fraude; en efecto los actos que fueron gestionados en el medio tiempo por el heredero en buena fe se suelen conservar como ratificados.

Los acreedores del *de cuius* no podrán solicitar al pretor la *separatio bonorum* del patrimonio del heredero de los bienes hereditarios, después de que hubiese vendido la herencia. Los fundamentos de tal imposibilidad podrían consistir: *a*) en que dicha separación podía pedirse sólo respecto al heredero y el vendedor sigue teniendo tal carácter después de la venta, quedando responsable con los acreedores hereditarios por el notorio principio *semel heres, semper heres; b*) el comprador se obligó a cumplir las prestaciones hereditarias en base al negocio celebrado con el vendedor. Los acreedores se encontrarían doblemente protegidos: con el heredero, que recibiendo un precio por la herencia vendida podía hacer frente a sus propias deudas y posiblemente también a las del *de cuius* (que en tal caso tendría derecho a ser indemnizado por el comprador); y con el comprador, que recibiendo la *hereditas* podía pagar las deudas del *de cuius,* siendo responsable inclusive con su propio patrimonio. Por lo tanto, era inecesaria según la opinión de Papiniano una mayor protección en favor de los acreedores hereditarios. Lo anterior sería posible siempre y cuando las partes del contrato no actuasen de forma fraudulenta (*utique si nulla fraudis incurrat suspicio*); se podría pensar como una posible actuación fraudulenta que el vendedor se pusiera de acuerdo con el comprador en simular el acto para que el primero pudiese disfrutar de la herencia sin pagar las deudas ale-

gando el pago de sus deudas personales; y por otro lado, el comprador alegase su insolvencia por haber pagado una herencia la cual no se le hubiese transmitido. Por último Papiniano dice que los actos que gestionó en buena fe el heredero antes de la venta se considerarán ratificados por el comprador (*nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent*), produciendo por lo tanto consecuencias a este último: *v.g.* condiciones más favorables a los deudores hereditarios para realizar el pago.

Con referencia a los créditos confundidos por sucesión del vendedor de la herencia a un deudor hereditario, esta obligación de indemnización, como veremos más adelante (cap.6 § III), implicando efectos novatorios, se traduce en la necesidad de que el comprador los cumpla hacia el vendedor.

4. Venta sucesiva de herencias relacionadas. Cuando un mismo vendedor hubiera vendido una herencia, y después hubiese sido instituído heredero por el comprador, vendida también la herencia de éste, los juristas se preguntaban si el segundo comprador estaría obligado a devolverle todo lo que él hubiera prestado *ex priore venditione hereditatis.* Esta hipótesis se trata en Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.15: si Ticio hubiese vendido a Seyo la herencia de Mevio e, instituído heredero de Seyo, la hubiera vendido a Atio, ¿Podrá demandarse a Atio lo prestado a causa de la primera herencia vendida? En su respuesta el jurista acepta la opinión de Juliano, según la cual lo que el vendedor de una herencia hubiese podido pedir de cualquier heredero extraño, podrá conseguirlo también del nuevo comprador de la herencia; por lo tanto, si hubiese existido otro heredero de Seyo, Ticio podrá reclamar de él, por la acción de venta, todo lo que hubiese pagado a causa de la herencia de Mevio.[262] En este caso particular también puede observarse que la obligación de indemnizar los gastos hereditarios realizados con sus bienes por el vendedor se transmite a los sucesivos adquirentes, pudiendo reclamarse de cualquiera de ellos. Lo que debe ser señalado en el presente texto es la amplitud de la locución de Juliano *quidquid venditor ... hereditatis nomine praestitisset, id ex vendito actione consequi ab eo* (del comprador) *potuisset*, que incluye cualquier

tipo de prestación de naturaleza obligatoria del vendedor frente a terceros, resultando en línea con la afirmación general *omnis pecunia hereditario nomine data* expresada por el mismo jurista en D.18.4.18.

5. Los gastos funerarios. Una específica aplicación de la obligación del comprador examinada en este momento es la de reembolsar al vendedor los gastos del funeral del *de cuius*, como se indica por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.17, que dice:

> *Quod si funere facto heres vendidisset hereditatem, an impensam funeris ab emptore consequatur? et ait Labeo emptorem impensam funeris praestare debere, quia et ea, inquit, impensa hereditaria esset: cuius sententiam et Iavolenus putat veram et ego arbitror.*

La pregunta que hace Ulpiano es que, si el heredero hubiese vendido la herencia hecho el funeral, ¿Puede conseguir del comprador los gastos del mismo? Y acepta la opinión de Labeón al igual que de Javoleno, opinando que el comprador debe correr con los gastos del funeral porque también estos son gastos hereditarios.

Son gastos funerarios que tendrá que pagar el comprador al vendedor de la herencia, según el propio Ulpiano, *libro vicensimo quinto ad edictum,* D.11.7.14.3-5, los siguientes: *a*) los que se hicieron para llevar a enterrar, sin los que no puede realizarse el entierro (*ut funus ducatur, sine quo funus duci non possit*), *b*) lo que se gastó en la adquisición del lugar para depositar el cadáver (*si quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus inferretur, funeris causa videri impensum ...*), *c*) en la conducción del cadáver del que murió cuando se encontraba de viaje (*impensa peregre mortui quae facta est ut corpus perferretur*), *d*) gastos para custodiar el cadáver, para depositarlo o para colocar el mármol o el vestido (*si quid ad corpus custodiendum vel etiam commendandum factum sit, vel si quid in marmor vel vestem collocandam*). Por el contrario, no se incluyen los ornamentos, ni alguna otra cosa semejante como hacen las personas simples (*non autem oportet ornamenta cum corpo-*

ribus condi nec quid aliud huiusmodi, quod homines simpliciores faciunt).[263]

Es interesante subrayar que una línea de pensamiento jurisprudencial, originada por Labeón y compartida por Javoleno y por el mismo Ulpiano, incluía los gastos funerarios sufridos por el vendedor como un tipo de *impensa hereditaria,* interpretando de un modo muy elástico las *dationes bona fide* mencionadas en el formulario de la *stipulatio venditae hereditatis* de Gayo Inst. 2.252 y el concepto de *omne damnum hereditario nomine* de D.18.4.2.9. Es lógico pensar que, si el vendedor de la herencia al entregarla había descontado los gastos funerarios, no podría exigir del comprador el importe de los mismos, en caso contrario el vendedor tendría derecho al pago de éstos, porque forman parte de los gastos hereditarios, que son considerados como deudas del difunto, que forman parte del patrimonio adquirido por el comprador, como es expresado eficazmente por Ulpiano, *libro decimo ad edictum* D.11.7.1, que dice: *Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede.*

Ahora bien, si resultare que un tercero hubiere hecho los gastos funerarios y hubiere ejercitado la acción funeraria[264] en contra del heredero, al pagar, tendría la posibilidad de exigirle al comprador el monto respectivo, porque tales gastos le corresponderían, no solamente fundamentándonos en lo que acabamos de decir, sino también en lo que es manifestado por el formulario de la *stipulatio venditae hereditatis,* según el cual el comprador tendrá que indemnizar al vendedor lo que hubiese pagado en razón de una condena judicial. No obstante el tercero también podría ejercitar la acción en contra del comprador de la herencia (*infra,* § IV).

El texto de Ulpiano D.18.4.2.17. confirma el principio de que los funerales deben ser pagados con el patrimonio del difunto, y como tal ha sido adquirido por el comprador de la herencia, tendrá el carácter de deudor.[265]

6. Los impuestos de la herencia. Los pagos que hubiere realizado el vendedor en materia de tributo deben ser reembolsados también por el comprador, como señala el siguiente texto

de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.16[266] que dice:

> *Si quid publici vectigalis nomine praestiterit venditor hereditatis, consequens erit dicere agnoscere emptorem et hoc debere: namque hereditaria onera etiam haec sunt.Et si forte tributorum nomine aliquid dependat, idem erit dicendum.*

El jurista comenta que, si el vendedor de la herencia hubiese pagado algo en concepto de *vectigal*, será consecuente decir que el comprador debe responder de esto, puesto que son también cargas hereditarias; y lo mismo vale por lo que se pagó como tributo. El presente texto por lo tanto incluye las prestaciones fiscales en los gastos efectuados por el vendedor, que después de la venta de la herencia corren a cargo del comprador.

Como sabemos, el término *vectigal,* que en origen indicaba el impuesto que los concesionarios de fundos públicos debían pagar a las entidades concedentes (la *res publica* y después el fisco; *coloniae* y *municipia*), en el Alto Imperio parece asumir un significado más genérico, refiriéndose en los textos jurídicos a toda forma de contribución al estado.[267] Es interesante destacar como resulta del presente texto la posibilidad de transmisión de los fundos vectigales con transferencia de la obligación fiscal del vendedor al comprador de la herencia. Así también, con la palabra *tributum* es probable que Ulpiano se refiriese a todo impuesto fiscal (incluyéndose el *stipendium*)[268] que gravaba sobre los fundos provinciales y, a partir del emperador Aureliano (segunda mitad del III siglo d.C.), también sobre los itálicos. Hablando estrictamente, *tributum* indicaba el impuesto sobre los fundos proporcional a la riqueza que debía ser pagado directamente al estado.[269] Utilizando los dos términos *vectigal* y *tributum* es probable que Ulpiano quisiese afirmar la aplicación del principio jurídico de la indemnización del vendedor de una herencia en presencia de todo tipo de impuesto.

IV. OBLIGACIÓN DE DEFENSA JUDICIAL AL VENDEDOR E INDEMNIZACIÓN DE LO ENTREGADO EN RAZÓN DE UNA CONDENA JUDICIAL

En el formulario de la *stipulatio* o de las *stipulationes venditae hereditatis* mencionado por Gayo Inst. 2.252. se hacía referencia a otra específica obligación del comprador de la herencia, la de defender al vendedor en los procesos que tuviesen como causa la herencia. De las palabras gayanas (... *si quis cum eo* - el vendedor - *hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur)*[270] resulta que tal obligación surgía en todos los casos en que los conflictos tuviesen como causa la herencia, explicándose la razón en la circunstancia de que el vendedor en cuanto heredero nunca perdía su legitimación pasiva en los conflictos inherentes a la herencia vendida. Esta obligación se relaciona con la parte del mismo formulario de la stipulación en donde el comprador estaba obligado a indemnizar al vendedor también de todo lo que hubiese pagado por una condena en un proceso *hereditario nomine*: *ut quidquid hereditario nomine condemnatus solvisset ... eo nomine indemnis esset.*

En lo referente a las relaciones entre vendedor y comprador de la herencia, la obligación de defensa judicial implicaba que el segundo tuviese que participar en el proceso en calidad de representante del primero,[271] como señala Paulo, *libro octavo ad edictum* D.3.3.42.2 (*supra,* capítulo 1 § V y cap. III § V) con las palabras *cum in rem suam procuratorem praestamus eoque nomine iudicatum solvi promittimus ... si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito (si hereditatem vendidimus) ... agere debemus.* Cuando en caso de venta de herencia cedemos las acciones al comprador constituyéndolo *procurator in rem suam* y prometiendo en su nombre el pago de la cosa juzgada, después de haber pagado, podemos ejercitar contra él la acción de venta. Este vínculo obligatorio parece en algunos casos asumir relevancia no sólo entre comprador y vendedor de la herencia, sino también frente a terceros. En materia de legitimación pasiva a la *petitio hereditatis*[272] Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.13.4-5 señala la postura de Casio Longino, que por motivos de economia procesal

otorga esta acción como *actio utilis* contra el comprador de la herencia.[273]

De C.2.3.2. de los emperadores Septimio Severo y Caracala (año 202 d.C.), examinada anteriormente,[274] resulta que esta obligación de defensa judicial podía ser modificada o también excluída convencionalmente por las partes. El caso tratado es el del vendedor de una herencia convocado en juicio por los acreedores hereditarios después de haber perdido la causa contra los adquirentes de la misma, que participaron al proceso no en cuanto obligados, sino espontáneamente (*si creditores contra emptores actiones suas movisse ... eosque eas spontanea suscepisse voluntate*). A pesar del hecho de que en esta situación al vendedor le es otorgada la posibilidad de oponer una *exceptio pacti taciti* contra los acreedores, el dato más relevante es el carácter espontáneo de la asunción de la defensa judicial por parte de los compradores, que podría hacer pensar como probable que las partes hubiesen acordado la exclusión de su obligación.[275]

Esta constitución pone también en luz la permanencia de la legitimación pasiva del vendedor, el cual podía ser convocado en juicio por los terceros y, si hubiera sido condenado, podría conseguir en vía de regreso la indemnización. La afirmación general de este principio es manifestada en la frase final de un texto de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.7, ya anteriormente analizado (cap. 4, § III), que en la parte que nos interesa y que todavía no hemos citado dice:

> *...si autem condemnatus praestiterit, hoc solum heredi sufficit esse eum condemnatum sine dolo malo suo, etiamsi maxime creditor non fuerit is cui condemnatus est heres...*

El jurista, siguiendo una opinión de Juliano,[276] afirma que, si el vendedor realiza una prestación por una condena, es suficiente para ser indemnizado que tal condena haya sido pronunciada sin su dolo, también si el acreedor no era la persona respecto a la que fue condenado el heredero. Como es evidente, cada vez que el vendedor debía entregar algo en ejecución de una condena a causa de la herencia, tendría derecho de

demandar el reembolso al comprador, con tal que la condena no dependiese de su actitud dolosa. Tal principio vale sobretodo (*maxime*) en el caso en que el actor del proceso no fuese un acreedor hereditario.

Una confirmación también puede encontrarse en la siguiente constitución del año 197 d.C. de los emperadores Septimo Severo y Antonino Caracalla en C.6.37.2, donde se dice:

> *Quamvis heres institutus hereditatem vendiderit, tamen legata et fideicommissa ab eo peti possunt, et quod nomine datum fuerit, venditor ab emptore vel fideiussoribus eius petere possit.*

Si bien el heredero instituído hubiese vendido la herencia, la prestación de los legados y fidecomisos le podría sin embargo ser demandada, y lo que hubiese dado a tal título puede a su vez pedirlo al comprador de la herencia o a sus fiadores. La existencia de la obligación de defensa judicial a cargo del comprador no excluye ni la legitimación pasiva del vendedor de la herencia ni su responsabilidad frente a los acreedores, legatarios y fideicomisarios (*quamvis heres institutus hereditatem vendiderit, tamen legata et fideicommissa ab eo peti possunt*). No obstante, todo lo que hubiese prestado podría exigirlo al comprador o a sus garantes para indemnizarlo.

En la misma línea de pensamiento podemos observar otra constitución de Caracala, C.4.39.2. (sin año) y el fragmento 2.69 del Gayo de Autun. En la primera, analizada en el capítulo I § III, en donde se reafirma la legitimación del vendedor frente a los acreedores, legatarios y fideicomisarios (*ratio iuris postulat, ut creditoribus et legatariis seu fideicommissariis ... tu respondeas*) así como su derecho de demandar la indemnización al comprador (*... et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine*), a menos que no hayan acordado, con una *stipulatio* o un *pactum adiectum* al contrato consensual, una responsabilidad directa de éste último (*ut satis tibi detur, sero desideras ... quamvis ... ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat ...*).[277] En el texto lagunoso de los *fragmenta augustodunensia* se lee la referencia a una acción de

regreso, que tiene el vendedor contra el comprador, cuando haya pagado a un acreedor hereditario (*postea...creditori ego solvam...et postea agam contrate*).

Una rica casuística en donde se expresa la obligación del comprador de indemnizar lo entregado por motivo de una condena se observa en numerosos parágrafos del largo texto de Ulpiano D.18.4.2, que ya hemos analizado bajo diferentes perfiles.

En el § 10 se examina la siguiente hipótesis.[278] Si el heredero vendió a otro una cosa hereditaria y por esto hubiera sido condenado, no tiene acción contra el comprador, porque no es condenado por la razón de ser heredero, sino porque ha vendido. Pero si ha dado el precio de la cosa vendida al comprador de la herencia, el jurista a la pregunta de que si tiene lugar la acción de venta responde afirmativamente.[279] Como hemos manifestado, el caso se entiende de la siguiente forma, el heredero antes de la venta, vendió un objeto de la herencia, del cual el comprador sufrió evicción; y por esto el vendedor fue condenado. En esta situación el vendedor no tendría la posibilidad de exigir al comprador de la herencia lo que había debido pagar al tercero, puesto que no actuó como heredero y por lo tanto a causa de la herencia. Si por el contrario el precio recibido por la primera venta lo hubiese entregado al comprador de la herencia, entonces en ese caso el comprador se encontraría obligado a devolver la cantidad recibida, con tal que la condena a causa de la primera venta no dependiese del dolo del vendedor.

En los §§ 12-14 se considera el ámbito de dicha obligación del comprador con referencia a determinados objetos hereditarios exceptuados en la compraventa de herencia,[280] siendo el criterio básico para tal finalidad es la autonomía negocial de los contratantes.

CAPITULO 6

LA VENTA DE HERENCIA Y LA CONFUSIÓN HEREDITARIA

In hoc capitulo examinatur quomodo obligationes ob confusionem hereditariam exstinctae venditione hereditatis facta renoventur atque effectus suos erga venditorem ac emptorem. Denique tractatur restitutio quoque servitutum eodem modo amissarum.

SUMARIO. I. *El fenómeno y la hipótesis de Daube*. II. *Las relaciones obligatorias: el vendedor de la herencia sucede a su deudor*. III. *El vendedor de la herencia sucede a su acreedor*. IV. *Las servidumbres prediales*. V. *Los resultados de nuestra investigación de las fuentes*.

I. EL FENÓMENO Y LA HIPÓTESIS DE DAUBE

Numerosos fragmentos atribuídos a juristas clásicos que conserva el Digesto se ocupan de la cuestión referente a los efectos de la compraventa de herencia sobre las obligaciones y las servidumbres prediales extinguidas por confusión hereditaria.[281] En general, como veremos dentro de breve, puede observarse que la celebración del negocio ocasiona efectos novatorios para las obligaciones ya confundidas, mientras que para las servidumbres surge la obligación de restablecerlas. Los textos tratan también casos en donde la confusión se efectúa después de celebrada la *venditio hereditatis,* indicándose los remedios aplicables. En cuanto a las relaciones obligatorias, se encuentran ejemplos en que el vendedor de la herencia sucede a un deudor transformándose en acreedor del adquirente, así como también casos que consideran la situación opuesta, sucediendo el vendedor a un acreedor y transformándose en deudor del adquirente. En el campo de las servidumbres prediales se

considera únicamente el caso de confusión por sucesión del propietario del fundo dominante al del sirviente.

Basándose en los presentes datos, en un estudio detallado de hace cuarenta años Daube[282] manejó una interesante hipótesis, distinguiendo entre: 1) situaciones en que la confusión se haya realizado antes o después de la venta de herencia; 2) situaciones en que el vendedor de la herencia sucede a su deudor o a su acreedor; 3) derecho clásico y justinianeo.

A su entender, con referencia a la confusión hereditaria *ante venditionem hereditatis*, los juristas clásicos habrían otorgado al vendedor que sucede a su deudor un *ius retentionis* que se ejercitaría al comprador para recuperar su crédito, mientras que en el caso opuesto de sucesión a un acreedor, el comprador podría compensar la pérdida ocasionada por la confusión hereditaria mediante una disminución del precio de la herencia adquirida. Sólo para situaciones particulares o para el restablecimiento de servidumbres en derecho clásico se habría admitido la posibilidad de ejercitar las acciones contractuales de buena fe. Por el contrario, cuando la confusión tenía lugar *post hereditatem venditam*, tales acciones se configuraban como el único remedio para el cumplimiento de las obligaciones novadas.

Dicho sistema habría sido uniformado y simplificado por Justiniano en base al presupuesto (quizás de origen postclásico) que el comprador era equiparado a un heredero, eliminando toda distinción respecto al momento de realización de la *confusio* y otorgando como remedio general las acciones *venditi* y *empti* y en ciertos casos la *condictio indebiti*.

El análisis de Daube representa hasta hoy en día el único estudio que haya tratado de forma tan amplia y específica este problema,[283] necesitando por lo tanto una valoración profunda de su fundamento y de la validez de los resultados expuestos. Nuestra investigación considerará separadamente los efectos de la *venditio hereditatis* sobre las relaciones obligatorias y sobre las servidumbres prediales y dentro de la primera categoría se analizarán de un modo distinto los fragmentos relativos a la confusión realizada por sucesión del vendedor de la herencia a un deudor o bien a un acreedor del *de cuius*, tratando de

respetar, en cuanto sea posible, el orden cronológico de los juristas y las eventuales diferencias en sus posturas.

II. Las relaciones obligatorias: el vendedor de la herencia sucede a un deudor

1. El texto más antigüo que trata esta situación es de Javoleno, *libro secundo ex Plautio* D.12.6.45., que dice:

> *Si is, qui hereditatem vendidit et emptori tradidit, id, quod sibi mortuus debuerat, non retinuit, repetere poterit, quia plus debito solutum per condictionem recte recipietur.*

Si el que ha vendido la herencia y la ha entregado al comprador no hubiese retenido lo que el muerto le había debido, podrá repetirlo, porque correctamente lo que ha sido pagado más que de lo debido se restituirá mediante la *condictio*. De tal texto se observa que el vendedor se encuentra facultado a retener el objeto del crédito, que tenía en contra del *de cuius* independientemente de haberse extinto por la *confusio,* otorgándosele la *condictio indebiti* en caso de que no hubiese cumplido la retención. En el presente caso uno de los acreedores del difunto fue el propio heredero, realizándose por motivo de la sucesión la extinción por confusión del vínculo obligatorio. En un momento sucesivo el heredero vende dicha herencia a un tercero y se la entrega; por efecto de la venta, novándose la obligación extinguida, el vendedor regresa de nuevo a ser acreedor y tiene por lo tanto la facultad de retener la cantidad debida, excluyéndola del monto de la herencia vendida.[284] La falta de retención ocasionaba por lo tanto la posibilidad de obtener la restitución del *plus debito solutum.*

En la doctrina se ha dudado de la genuinidad del presente texto. De un lado,[285] se considera que la obligación del adquirente de la herencia de resarcir al heredero enajenante el crédito del *de cuius* extinto por confusión sólo se entendería en el derecho justinianeo como algo natural; mientras que en el derecho clásico sería necesaria una *stipulatio* especial con la cláusula *quod testator o defunctus debuerit*. Por el otro,[286] se

contesta la clasicidad del otorgamiento de la *condictio indebiti* en caso de falta de la retención, siendo tal remedio típicamente justinianeo, mientras que en la época clásica el vendedor podía ejercitar solamente la *actio venditi*.

Sin embargo, con referencia a la primera objeción, de lo que hemos observado en el capítulo I sobre el papel del contrato consensual y de sus cláusulas en la compraventa de herencia,[287] nos inclinaríamos a pensar que ya en la edad clásica la restitución de lo indebido en el presente caso era posible también sin necesidad de una *stipulatio,* bastando para tal finalidad la *actio ex vendito* eventualmente en concurrencia con la *condictio indebiti*.

La mención de esta última acción, que se expresa en D.12.6.45, en efecto no debe considerarse necesariamente una interpolación: la presencia de una *datio* realizada mediante *traditio* (*is, qui hereditatem vendidit et emptori tradidit*) y la falta de una causa de tal *datio* ya en el derecho clásico permitía el ejercicio de la *condictio indebiti* para exigir lo que había sido dado. Por lo tanto no hay obstáculos para pensar que al final del siglo I d.C. el jurista Javoleno (y posiblemente también Plauto) pudiesen admitir el empleo de esta acción recurriendo a ciertas condiciones, en ausencia de las cuales el vendedor podía reclamar sus pretenciones mediante la *actio venditi* o, si se hubiese celebrado una *stipulatio venditae hereditatis*, la *actio ex stipulatu.*

La retención del monto del crédito o su exigibilidad al comprador podría hacer pensar que la obligación confundida "renació", y que por lo tanto los efectos de la confusión no consistirían en extinguirla, sino en dejarla latente. Tal consideración parece inexacta, porque el crédito a favor del vendedor se extinguió mediante confusión; la nueva obligación con el mismo contenido se crea del propio negocio de la *venditio hereditatis*, en donde se establece que el comprador pagará las deudas de la herencia, no olvidándose por ello que el vendedor tiene el carácter de acreedor y por lo tanto derecho al pago. Nuestra postura es confirmada por el hecho de que el vendedor en caso de no haber retenido lo que el muerto le había debido podría exigir su crédito utilizando otra acción (la *ex vendito* o

la *ex stipulatu* o la *condictio indebiti*), que no correspondería a la acción originaria que tenía contra el *de cuius*.[289]

2. Otro caso, en donde la venta de herencia produce efectos sobre una obligación confundida por sucesión hereditaria del vendedor a su deudor, se puede ver en Ulpiano en su comentario a Sabino, *libro quadragensimo nono* D.18.4.2.18, que, posiblemente reflejando una opinión de este último, dice:

> *Cum quis debitori suo heres exstitit, confusione creditor esse desinit: sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis optinere et idcirco teneri venditori hereditatis, sive cum moritur testator debuit (quamvis post mortem debere desiit adita a venditore hereditate) sive quid in diem debeatur sive sub condicione et postea condicio exstitisset, ita tamen, si eius debiti adversus heredem actio esse poterat, ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum herede actio non est, cum emptore agatur.*

Cuando uno ha quedado como heredero de su deudor, deja de ser acreedor a consecuencia de la confusión; pero si ha vendido la herencia, resulta muy equitativo que el comprador obtenga la posición de heredero y que por eso esté obligado frente al vendedor, tanto si el testador cuando muere debía (aunque después de la muerte ha cesado de deber, al ser la herencia adida por el vendedor) como si algo es debido en término o bajo condición y éste se hubiera cumplido. Tal principio sin embargo tendría validez, si podía ejercitarse una acción contra el heredero por aquella deuda, mientras, si se tratase de casos por los cuales no hay acción contra el heredero, no podría ejercitarla tampoco contra el comprador.

Mientras la mayoría de la doctrina acepta como clásico el contenido del presente texto, limitándose a considerar interpolaciones en cuanto a aspectos secundarios,[290] Daube[291] afirma su carácter totalmente compilatorio que resultaría de la expresión *aequissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis optinere*. Basándose sobre tal concepto, los Comisarios de Justiniano habrían expresado una serie de situaciones tratadas

diferentemente por los clásicos. Los argumentos de su crítica parecerían ser fruto de una petición de principio más que de razones objetivas, puesto que, para encuadrarse en la hipótesis reconstructiva que el autor propone (§ 1), se eliminan o desvalorizan todas las partes del texto contrastantes. Valorar el fundamento de dicha critica implicaría valorar su entera opinión, que será posible solamente una vez terminado el análisis de todos los textos.

El fragmento D.18.4.2.18 manifiesta los siguientes principios:

a) cuando uno es instituído heredero de su deudor, deja de ser acreedor a consecuencia de la confusión (*cum quis debitori suo heres exstitit, confusione creditor esse desinit*), confirmándose que la confusión hereditaria extinguió la deuda;[292]

b) después de la venta de la herencia, como el comprador tiene una posición análoga a la del heredero, si bien no es tal, en base a una razón de equidad la obligación se hace exigible y por lo tanto el comprador quedará obligado frente al vendedor (*sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis optinere et idcirco teneri venditori hereditatis*); en tal parte del texto claramente resulta que la posibilidad de exigir el crédito no es consecuencia de la obligación extinguida por confusión, sino de una nueva naciente de la *venditio hereditatis* celebrada sucesivamente.[293] Ulpiano explica como muy equitativo el hecho de que el vendedor puede exigir el pago de su crédito, en virtud de que el comprador, a partir de la celebración del negocio, subentra en todos los derechos y obligaciones que le corresponderían al vendedor mismo, configurándose materialmente como *heres* sin serlo y teniendo consecuentemente que pagar las deudas a los acreedores del *de cuius;*

c) la obligación que se hace exigible puede derivarse ya en el momento de la muerte del *de cuius* (*sive cum moritur testator debuit, quamvis post mortem debere desiit adita a venditore hereditate*) o bien en un momento sucesivo, si fue constituída bajo término o condición que produciría efectos después de tal evento (*sive quid in diem debeatur sive sub condicione et pos-*

tea condicio exstitisset). La primera situación puede incluír las obligaciones ya existentes cuando el *de cuius* fallece, pudiendo considerarse las simples o aquellas que fueron sujetas bajo término o condición ya efectuados y también las constituídas con la cláusula *cum moritur*.[294] No sería aceptable una limitación de la referencia del texto únicamente a estas últimas como supone Daube,[295] puesto que el contexto de todo el discurso del jurista parece afirmar la validez del principio para cualquier obligación del *de cuius*, nacida y exigible en el momento de su muerte así como después.

En caso de obligación con término o bajo condición que se verifican una vez vendida la herencia, transmitiéndose el contenido patrimonial del *ius heredis* al comprador, éste último tiene que soportar todas sus consecuencias desfavorables. Por lo tanto, del hecho de que se de la confusión por la sucesión al *de cuius*, el vendedor en fuerza de la venta de herencia está facultado a reclamar su derecho contra el comprador.

La distinción entre obligaciones simples o ya exigibles en el momento de la muerte del *de cuius* y obligaciones sujetas a modalidades que se verificarían después de tal momento, produce efectos diversos respecto al modo en que se satisface al vendedor: en el primer caso él estaría facultado para demandar su crédito al comprador, sin excluír eventualmente la posibilidad de retener el monto correspondiente al realizarse la transmisión de la *hereditas*, como hemos apreciado en D.12.6.45 (analizado en el punto 1); si por el contrario, el crédito que debía el *de cuius* al heredero todavía no fuese exigible porque no se había llegado al día establecido para el pago o no se hubiese cumplido todavía la condición, el vendedor, realizados tales eventos, podía reclamar el crédito al comprador mediante la *actio ex vendito* o la *actio ex stipulatu*, según el modo empleado para la celebración del negocio;

d) puesto que el comprador se encuentra *vicem heredis*, esto ocasionará que no sean exigibles las obligaciones que no estuviesen protegidas mediante acciones que se pudieran ejercitar contra el heredero. (*ita tamen, si eius debiti adversus heredem actio esse poterat, ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum herede actio non est, cum emptore agatur*). Tal principio se refiere a las obligaciones estrictamente personales, que se extinguen con la muerte del deudor no transmitiéndose a su heredero (*v.g.* la *ex mandatu...*).

3.Un caso mayormente complejo es manifestado por el mismo Ulpiano en el § 15 del largo fragmento de su comentario a Sabino, recogido en D.18.4.2. La primera parte, que ya formó objeto de nuestra atención (cap. 1, § V y cap. 5 § III.4), considera la siguiente situación: Ticio vende la herencia de Mevio a Seyo, que a su vez lo instituye como heredero; entonces Ticio vende la herencia a otro comprador, Atio: ¿puede el mismo Ticio en base a la primera venta exigir en juicio contra Atio? (*si Titius Maevi hereditatem Seio vendiderit et a Seio heres institutus eam hereditatem Attio vendiderit, an ex priore venditione hereditatis cum Attio agi possit?*). En su respuesta Ulpiano cita a Juliano, según el cual manifiesta como principio general que lo que el vendedor de la herencia podría demandar a cualquier heredero extraño, podría conseguirlo también del comprador de la herencia (*et ait Iulianus: quod venditor hereditatis petere a quolibet extraneo herede potuisset, id ab hereditatis emptore consequatur*). Por lo tanto, en el caso examinado, como Ticio habría podido obtener la indemnización de lo que hubiese prestado por motivo de la herencia de Mevio de cualquier extraño que se hubiese convertido en heredero de Seyo, así mismo podrá obtenerla de Atio con la *actio ex vendito* (*et certe si Seio alius heres exstitisset, quidquid venditor Maevianae hereditatis nomine praestitisset, id ex vendito actione consequi ab eo potuisset*).

En la parte final del parágrafo se introduce otro caso práctico:

> *nam et si duplam hominis a Seio stipulatus fuissem et ei heres exstitissem eamque hereditatem Titio vendidissem, evicto homine rem a Titio servarem.*

Yo me hago prometer de Seyo la indemnización del doble del precio por evicción de un esclavo comprado, y luego me convierto en heredero del mismo Seyo. Vendo aquella herencia a

Ticio y, al verificarse la evicción, tendré la posibilidad de conseguir de él aquella indemnización.

Desde el punto de vista que estamos tratando en este momento, en la primera parte del § 15 Juliano y Ulpiano toman en consideración la confusión hereditaria con referencia a las obligaciones de reembolso de Seyo hacia Ticio para las prestaciones que este último hizo respecto a la herencia Meviana vendida. Como Seyo nombra su heredero a Ticio, dichas obligaciones se extinguen por confusión; sin embargo, estas resultan novadas subjetivamente por la nueva venta de herencia a Atio, por lo que está obligado a indemnizar a Ticio de las prestaciones efectuadas por causa de la herencia Meviana. Esta argumentación jurídica es afirmada claramente en el momento en que se indica la confusión como único impedimiento a la facultad de indemnización de Ticio, que habría podido hacerla valer contra cualquier heredero diferente de si mismo (*si Seio alius heres - ab eo potuisset*). Tal frase ocasiona la crítica de Daube[296] a la clasicidad del presente texto, puesto que la solución implícita manifestaría la postura justinianea de la equiparación entre comprador y heredero. Por el contrario, los clásicos habrían resuelto la cuestión mediante la correcta interpretación de las palabras de la *stipulatio venditae hereditatis*, siendo la mención de la *actio venditi* una interpolación de la originaria *actio ex stipulatu*.

Renviando la crítica de esta última postura a lo que dijimos en el capítulo 1, puede observarse que una vez más la objeción del autor es condicionada *a priori* por su idea de fondo sin apoyos textuales. En tal dirección es indicativo el modo con que Daube interpreta la expresión *eam hereditatem,* suponiendo una diferencia de entendimiento entre los clásicos y los justinianeos. Los primeros harían referencia a la sóla herencia Meviana como algo distinto dentro del patrimonio de Seyo, de modo que Ticio podría satisfacer sus derechos mediante la retención, mientras los compiladores la considerarían como una porción de la herencia del mismo Seyo, siendo Ticio facultado para ejercitar la acción contractual de buena fe.

Aparte de la dificultad que ocasionaría configurar concretamente esta diferencia, no existe razón para fundamentar dicha

suposición. El empleo de *eam* para calificar la *hereditas* vendida por Ticio después de su institución como heredero de Seyo indica simplemente que la misma herencia de Mevio había formado objeto de dos ventas consecutivas, independientemente de que fuese todavía distinguible dentro de los bienes de Seyo (siendo causante el mismo *de cuius* poco tiempo después de la venta), o bien que se hubiese confundido con estos bienes, constituyendo una porción de su patrimonio (o la porción de su patrimonio de la cual Ticio había sido instituído heredero). En la exposición del caso práctico y en su solución al jurista le interesa únicamente precisar que, también después de la venta a Seyo, la herencia Meviana era todavía individuable tanto que los gastos hechos por motivo de ésta antes de tal venta aún podían demandarse a su comprador sucesivo, Atio.

Llegando a la parte final del § 15, la situación ahí contemplada, a bien ver, representa una aplicación particular de lo que hemos apreciado en el punto 2 sub c) del presente parágrafo. Según Ulpiano, y probablemente ya Juliano, cuya opinión, como hemos visto, es mencionada en la primera parte del mismo parágrafo, el obligado con la *stipulatio duplae* es Seyo, que fallece y me deja como heredero; si la evicción se verifica después de la venta, puedo obtener la suma prometida. En el momento en que yo vendo su herencia la confusión todavía no se ha realizado, porque la condición bajo la cual está sujeta la obligación de Seyo (la evicción del esclavo comprado) no se ha verificado todavía. Concretamente la obligación surge a cargo del comprador de la herencia, a quien corresponde todas las consecuencias patrimoniales del *ius heredis*, pudiéndose ejercitar contra él la *actio venditi* o la *ex stipulatu*, según el modo de celebración de la *venditio hereditatis* para exigir la suma correspondiente.

4. Diferente es el caso de sucesión a un deudor del *de cuius*, cuya herencia ya fue vendida. De tal problema trata Africano, *libro septimo quaestionum* D.18.4.20 pr, que dice:

Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris ac post debitori eiusdem heres existas, actione ex empto teneberis.

El comprador de la herencia puede ejercitar la acción de compra (*actio ex empto*) contra el vendedor que, una vez cele-

brada la *venditio hereditatis*, fue instituído heredero por un deudor del *de cuius*, cuya herencia formó objeto del contrato. En la presente situación se realiza una confusión hereditaria no entre el vendedor y su deudor, sino entre el vendedor y un deudor del difunto en un momento sucesivo al perfeccionamiento del negocio. Al haber adquirido mediante el contrato el contenido del *ius heredis*, el comprador está facultado al ejercicio de las respectivas acciones, pudiendo exigir el crédito del *de cuius* contra el vendedor después de la verificación de la *confusio*. Podemos observar que Africano otorga al comprador la acción de buena fe naciente de la *venditio hereditatis*, a pesar de la relación originaria constitutiva del vínculo obligatorio, otorgándole a tal negocio la determinación de las relaciones entre las partes también frente a una particular hipótesis de confusión hereditaria sucesiva del vendedor.

III. EL VENDEDOR DE LA HERENCIA SUCEDE A SU ACREEDOR

1. En un texto ya analizado (cap. 1, § III) de Juliano, *libro duodecimo digestorum* D.15.1.37 pr. se precisan los límites de la responsabilidad del vendedor, cuando la obligación que se hace exigible fue constituída por su hijo con el peculio. La situación es la siguiente: si el *pater familias* fue nombrado heredero por un acreedor de su hijo, una vez vendida la herencia, puede ser convocado en juicio por el comprador en base a la cláusula de la *stipulatio emptae hereditatis "quanta pecunia ex hereditate ad te pervenerit"*, no excediendo su responsabilidad al monto del peculio del hijo.[299] La institución como heredero del vendedor de la herencia por un acreedor de su *filius peculiatus* determina la extinción del crédito, produciéndose efectos análogos a la confusión hereditaria, puesto que el *pater* es el efectivo titular de la obligación, pero en el momento de la venta sucesiva de la herencia el crédito se hace de nuevo exigible en favor del comprador, que tendría para obtenerlo la *actio de peculio* en que queda absorbida la *ex stipulatu*, habiendo el hijo contraído su deuda en la gestión del peculio.[300] Al hacerse de nuevo exigible la obligación, surgiría también el beneficio en favor del vendedor de poder limitar la responsabilidad a la

consistencia del mismo peculio, no determinando la novación subjetiva efectos perjudiciales bajo este aspecto.

El presente texto indica explícitamente que la razón jurídica, sobre la cual se basa la exigibilidad del crédito por parte del comprador, radica en la obligación de transmitirle las adquisiciones *ex hereditate vendita* que el vendedor había asumido mediante la *stipulatio emptae hereditatis*, confirmándose de tal modo los efectos novatorios del contrato. Por lo tanto, en fuerza de dicha obligación resulta incluído en tales adquisiciones también el crédito obtenido por sucesión, una vez eliminada la coincidencia entre deudor y acreedor que imposibilitaba su exigibilidad.

2. El principio manifestado por Juliano con referencia a un caso particular resulta afirmado en su generalidad por Africano, *libro septimo quaestionum* D.18.4.20.1. que dice:

> *Quod simplicius etiam in illa propositione procedit, cum quis ipse creditori suo heres exstitit et hereditatem vendidit.*

En su redacción actual el texto se relaciona estrictamente con el *principium* que hemos examinado en el parágrafo anterior sub 4), en donde el comprador de la herencia puede ejercitar la acción de compra (*actio ex empto)* contra el vendedor instituído heredero por un deudor del *de cuius* después de la celebración de la venta de herencia *(si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris ac post debitori eiusdem heres existas, actione ex empto teneberis).* El jurista considera la misma solución adoptable con mayor facilidad en el caso en que alguien mismo ha sido constituído heredero del propio acreedor y hubiese vendido la herencia.

El acierto formal del § 1 fue revisado por la doctrina en la palabra *ipse*, que, como sugiere la edición de Mommsen, debería leerse *ipsi*, concordando con *creditore suo*, que le daría mayor claridad al texto en el aspecto lógico. Diferente la postura de Daube,[301] que postula el origen compilatorio de toda la primera parte *quod simplicius - procedit* para crear una conexión con el *principium* totalmente extraña al pensamiento de Afri-

cano. Piensa Daube que el jurista clásico admitiría la posibilidad de ejercitar la acción originaria modificada como *utilis* o *ficticia*, siendo la introducción de la *actio ex empto* obra de los justinianeos bajo la influencia del régimen del fideicomiso.

No obstante posibles incongruencias formales, faltan una vez más elementos en el texto que puedan fundamentar esta postura. Por el contrario, la conexión entre el pr. y el § 1 de D.18.4.20. puede explicarse lógicamente, puesto que en el primero el otorgamiento de la *actio ex empto* es fruto de su aplicación para reglamentar en base a la buena fe las relaciones entre vendedor y comprador de una herencia frente a un caso de sucesión del primero a un deudor del difunto, mientras en el § 1 el ejercicio de dicha acción resulta más simple. En efecto la confusión de la obligación por sucesión a un acreedor se realizó ya en el momento de la venta de herencia, determinando la celebración del contrato una novación subjetiva en base a la cual la confusión deja de existir y el comprador puede ejercitar la acción para exigir su derecho.

3. Un caso idéntico al tratado por Juliano en D.15.1.37 pr. se encuentra en Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum*, D.18.4.2.6, donde se plantea el siguiente problema:

> *Illud quaesitum est, an venditor hereditatis ob debitum a filio suo qui in potestate eius esset servove ei, cuius hereditatem vendidisset, praestare debeat emptori. et visum est, quidquid dumtaxat de peculio filii servive aut in suam rem versum inveniatur, praestare eum debere.*

La pregunta es si un vendedor de la herencia debe responder al comprador de la deuda que su hijo que está en potestad o un esclavo suyo debía al testador cuya herencia hubiere vendido. Ulpiano responde que, según la orientación que se había afirmado (*et visum est*), el vendedor es responsable, pero solamente dentro de los límites del peculio del hijo o del esclavo, o bien de lo que *in rem suam versum fuerit*. En esta situación también el vendedor es heredero de un acreedor de su hijo o su esclavo *peculiatus* y vende la herencia después de que se verificó la coincidencia en si mismo de las posiciones de deudor y

acreedor, determinándose los efectos de una confusión hereditaria. Ulpiano nos revela que la cuestión había sido discutida y que al final prevaleció la opinión favorable de la exigibilidad del crédito contra el vendedor, que, teniendo en cuenta el origen de la relación obligatoria, podía beneficiarse de la limitación de su responsabilidad al monto del peculio o en la medida de lo que resultase haber revertido en su patrimonio.

Comenta Daube[302] que probablemente Ulpiano tuvo en consideración el texto de Juliano en D.15.1.37. pr, porque en el siguiente § 7 de D.18.4.2 hace mención a dicho jurista. Consecuentemente los compiladores habrían modificado de la misma manera también el presente fragmento, omitiendo la mención de la *actio ex stipulatu* y aplicando como remedio general la *actio de peculio et de in rem verso*. Renviando la última objeción a lo que hemos dicho en el punto 1 del presente parágrafo, debe observarse que la suposición que Ulpiano conociera la posición de Juliano es muy probable. En la jurisprudencia se habían manifestado dudas, quizás ya por el mismo Sabino (*illud quaesitum est*), cuya causa probablemente era la realización de una confusión "atípica", teniéndo la calidad de deudor y acreedor coincidencia no en el hijo o esclavo con peculio, sino en su *pater* o *dominus*. A tal respecto deben recordarse las discusiones entre Sabinianos y Proculeyanos sobre algunos casos particulares de confusión.[303] Tales dudas habían sido superadas por Juliano (a que podría referirse el *et visum est*), según el cual la causa por la que el vendedor es responsable de las deudas del hijo se debe a que en la venta de herencia, él asumió la obligación de transmitir *quanta pecunia ex hereditate ad te pervenerit*. Verificándose los efectos novatorios, empleando el comprador para exigir su derecho la *actio de peculio et de in rem verso*, en consideración del origen del crédito, con la que, como es notorio, en la época clásica cualquier acción podía ejercitarse con la función de exigir el cumplimiento de una obligación en la que el hijo de familia o esclavo con peculio hubiesen actuado.

4. A un caso de confusión hereditaria por sucesión al acreedor determinada en un momento sucesivo a la *venditio hereditatis* se referirían Labeón y Javoleno (o quizás sólo este último)

en D.18.4.24 (*libro quarto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*), examinado anteriormente.[304] Una persona vendió la herencia de Cornelio: después Atio, al que Cornelio había legado una suma de dinero (*pecunia debita*) del heredero vendedor, antes de recibir el pago del legado del comprador, hizo heredero al mismo vendedor. El jurista (o los juristas) rectamente piensa (o piensan) que el vendedor ejercitará la acción de venta, para que le sea entregado el dinero legado, puesto que el precio de venta de la herencia había sido menor propio a causa de la prestación de este legado.[305]

El crédito derivado del legado *per damnationem*[306] que gravaba la herencia Corneliana a favor de Atio, se extinguiría por confusión, porque la misma persona que la vendió fue nombrada heredera de su legatario, no obstante ya hubiese sido celebrado el negocio de venta.[307] Se trataría de un caso de confusión que sobreviene con posterioridad a la enajenación de la herencia, por la adquisición de una nueva *hereditas* de parte del mismo heredero enajenante.

La obligación se confunde sólo después de la venta de herencia, manteniendo el vendedor su calidad de *heres* y convirtiéndose a su vez en heredero también del legatario Atio. La celebración de la venta implica que el comprador haya adquirido todas las consecuencias patrimoniales de la posición de heredero, justificando que el vendedor pueda reclamar contra él su derecho en cuanto sucesor del legatario Atio. Coherentemente el texto explica el otorgamiento de la *actio venditi*, fundamentándose no tanto en la extinción de la *actio ex testamento* ocasionada por la confusión,[308] sino en el hecho de que la *venditio hereditatis* se había celebrado a un precio menor por motivo del pago del legado por parte del comprador.

IV. Las servidumbres prediales

El concepto de *confusio* se aplica como es notorio, también en materia de servidumbres entre fundos cuando el dueño del sirviente y del dominante coinciden en la misma persona.[309] En el Digesto están incluídos dos fragmentos en que la venta de herencia produciría efectos sobre la confusión ya ocasionada

por la sucesión del vendedor titular del fundo dominante al propietario del sirviente. La celebración del contrato tiene como consecuencia que el comprador está obligado a restablecer la servidumbre. El primer texto donde se encuentra tal principio es de Pomponio, *libro decimo ad Sabinum* D.8.4.9,[310] que afirma:

> *Si ei, cuius praedium mihi serviebat, heres exstiti et eam hereditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet, quia id agitur, ut quasi tu heres videaris exstitisse.*

Si soy heredero de aquel cuyo predio me debía servidumbre, y te vendí esta herencia, se debe volver a su primitivo estado la servidumbre, porque se ha hecho como si tú resultaras su heredero. La obligación del comprador está fundamentada en el hecho de que, mediante la celebración del contrato de *venditio hereditatis*, el mismo asumió la posición sustancial del heredero. El fragmento se limita a imponer la *restitutio in pristinum statum* de la servidumbre sin indicar la acción ejercitable contra el comprador en caso de incumplimiento. En la doctrina menos reciente se supuso que la referencia fuese a la *actio ex stipulatu*, considerándose una interpolación la frase *quia-exstitisse*. Tal postura se relaciona con la opinión de Lenel ya discutida en el capítulo 1 y no nos queda mas que reenviar a aquel punto para su revisión.[311] Bajo otro perfil se ha pensado que la equiparación entre comprador y heredero, expresada en las palabras *quasi heres videaris exstitisse* se haría referencia a un restablecimiento legal de la servidumbre desconocido en el derecho clásico. Sin embargo, si bien no se puede excluír la existencia de retoques formales, podríamos considerar difícil de compartir la interpolación en lo fundamental. En primer lugar la expresión a la que hacemos referencia solamente tiene como finalidad el explicar la posición del comprador en cuanto a consecuencias jurídicas sin crear una figura análoga a la institución de *heres*. Tampoco hay apoyos textuales para observar en el presente fragmento la mención de una restauración *ex lege* de la servidumbre basándose sobre un presumido acuerdo

de las partes. En su sentido literal el texto significa sencillamente que en razón del negocio celebrado, el comprador poniéndose en una posición análoga al heredero del propietario del fundo sirviente tiene que actuar de modo de restablecer la servidumbre extinguida.

El mismo principio es confirmado por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.19. que dice:

> *Et si servitutes amisit heres institutus adita hereditate, ex vendito poterit experiri adversus emptorem, ut servitutes ei restituantur.*

Si el heredero instituído ha perdido las servidumbres al ser aceptada la herencia, podrá ejercitar contra el comprador la acción de venta, para que las servidumbres le sean restituídas. También en este caso la extinción de las servidumbres por confusión se dá en perjuicio del propietario del fundo dominante, que se convierte en heredero del *dominus* del sirviente, como manifiesta la expresión *amittese servitutes.* Así como en D.8.4.9. la confusión sucede anteriormente a la venta de herencia, tendrá como consecuencia la obligación del comprador de *restituere* dichas servidumbres, siendo el vendedor en caso de incumplimiento facultado para ejercitar contra él la *actio venditi.* importante observar el empleo del verbo *restituere* también en el presente texto para indicar que la servidumbre no había sido restablecida por la sóla celebración del contrato, sino que de tal celebración el comprador estaba obligado a actuar de modo de restablecerla. El ejercicio de la *actio in personam* de buena fe en efecto sancionaba mediante el *id quod interest,* el incumplimiento de la obligación de restablecer por parte del comprador, no pudiendo producir efectos reales. Es interesante destacar que tanto Pomponio como Ulpiano traten la misma hipótesis en los respectivos comentarios a Sabino, lo que podría con cierta seguridad inclinarnos a pensar que Sabino hubiese sido el jurista que analizó tal problema.

V. Los resultados de nuestra investigacion de las fuentes

El cuadro que los textos jurídicos examinados nos ofrece, es el siguiente:

A. Cuando un vínculo obligatorio se confunde por sucesión del vendedor a un deudor y después su herencia es vendida, dicha venta produce efectos novatorios subjetivos del crédito en favor del mismo vendedor, que puede satisfacerlo mediante la *retentio* de lo debido (D.12.6.45.) o reclamar su cumplimiento mediante la *actio venditi* (D.18.4.2.15.) o la *ex stipulatu,* según el modo de celebración del negocio. Estas acciones ya en la época clásica, al menos en la opinión de parte de la jurisprudencia, podían concurrir con la *condictio indebiti* en caso de *datio* de la cosa objeto del crédito faltando una causa (D.12.6.45).

B. Cuando por el contrario la obligación se confunde por sucesión del vendedor a un acreedor antes de la venta de la herencia de este último, los efectos novatorios del negocio se determinan esta vez en favor del comprador, que está facultado para ejercitar la *actio empti* contra el vendedor que no cumple (D.18.4.20.1).

C. En el caso particular de confusión de una deuda constituída por un hijo o un esclavo en la gestión de su peculio. por sucesión del *pater* o del *dominus* al acreedor, la venta sucesiva de la herencia de este último y los efectos novatorios consiguientes, según la teoría sabiniana expresada por Juliano y aceptada por Ulpiano, no extinguen la posibilidad de limitación de la responsabilidad dentro del mismo peculio o de la *versio in rem domini* (o *patris)* (D.15.1.37.pr; D.18.4.2.6).

D. Si en un momento sucesivo a la venta de herencia el vendedor sucede a un deudor del *de cuius,* el comprador hace valer su crédito contra él mediante la *actio empti* (D.18.4.20.pr). Del mismo modo, si se realiza la sucesión del vendedor a un legatario todavía no satisfecho, le es otorgada la *actio venditi* para reclamar su derecho frente al comprador (D.18.4.25). Igualmente, si el vendedor se convierte en heredero de un deudor, cuya obligación está sujeta a término o a condición que se

verifican solamente después de la venta de su herencia, le es reconocida al mismo vendedor la facultad de reclamar en juicio su crédito contra el comprador (D.18.4.2.18).

E. En lo que respecta a la *confusio* de las servidumbres prediales, el único caso recogido en el Digesto hace referencia a la sucesión del propietario del fundo dominante al propietario del sirviente. La venta sucesiva de su herencia tiene como consecuencia que el comprador está obligado a restablecer las servidumbres confundidas, pudiéndose ejercitar contra él la *actio venditi* (D.8.4.9; D.18.4.2.19). Si bien no tenemos textos que expresen la hipótesis contraria, consistente en la sucesión del propietario del fundo sirviente al dominante, podríamos pensar que tuviesen validez los mismos principios, por lo que el vendedor estaría obligado a restablecer las servidumbres confundidas, ejercitándose la *actio empti*.

Como manifiesta el importante testimonio de Juliano en D.15.1.37.pr, la razón jurídica de la disciplina que acabamos de exponer debe ser buscada en las relaciones obligatorias entre vendedor y comprador nacientes de la compraventa de herencia. El primero se obliga a transmitir al segundo todo lo que le hubiese llegado de la herencia vendida, mientras el segundo tiene que indemnizar al primero de todas las pérdidas sufridas por motivo de la misma herencia, como se deduce de D.18.4.2.9.[312] Esto explica la novación de la obligación confundida *ante hereditatem venditam* y la posibilidad de exigírsela al vendedor o al comprador según los casos (puntos A, B y C), la obligación de restablecer las servidumbres anteriormente extinguidas por confusión (punto E), y las consecuencias en las hipótesis de confusión hereditaria sucesivas al negocio (punto D). Solamente en presencia de específicas cláusulas que exoneren a las partes, en ejercicio de su autonomía negocial, podrían modificar tal reglamentación. En efecto, al celebrarse este contrato, como muchas veces hemos apreciado durante la presente investigación, el comprador llega a asumir la misma posición patrimonial del vendedor con todas sus consecuencias jurídicas, no obstante este último conserve su calidad de heredero. Dicho principio por lo tanto no representa una inovación justinianea bajo la influencia del régimen del fideicomiso, como

postula Daube, sino una elaboración jurisprudencial que se había afirmado ya desde la época clásica, faltando así el fundamento central de la postura de este autor. Además, también en lo que respecta a la influencia de la normativa del fideicomiso en la compraventa de herencia, la realidad parece mucho más compleja, después de que el primero era conforme a la segunda institución en una fase inicial, como se desprende de Gayo en Ins. 2.252;[314] no obstante, la continuación de un cierto paralelismo bajo el perfil de la transmisión de patrimonios hereditarios, las dos instituciones se separan, resultando por lo tanto dificil establecer la existencia y el eventual prevalecimiento de influjos recíprocos entre las dos disciplinas jurídicas.

Finalmente cabe destacar que de la gran cantidad de problemas relativos a la confusión en materia de venta de herencia, las fuentes recogidas en el Digesto nos expresan soluciones de la escuela sabiniana, probablemente a partir del mismo Sabino y después perfeccionadas por Juliano y quizá por su discipulo Africano. Tales soluciones, en cuanto aceptadas por Pomponio y Ulpiano, parecerían haber prevalecido en la jurisprudencia clásica.

CAPÍTULO 7

LA RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES

In hoc capitulo quomodo venditor hereditatis emptori ac emptor hereditatis venditori respondeant atque quanti ob id teneantur quaeritur. Primum examinabo textos prudentium in quibus tractati sunt dolus malus et culpa venditoris, deinde eos ubi dolus emptoris apparet. Denique explicabitur quomodo fiat ratio emptoris aut venditoris damnorum.

SUMARIO: I. *Objetivos del presente capítulo.* II. *Las fuentes sobre la responsabilidad del venditor hereditatis y sus consecuencias.* III. *Las fuentes sobre la responsabilidad del emptor hereditatis y sus efectos.* IV. *Líneas de reconstrucción.*

I. OBJETIVOS DEL PRESENTE CAPÍTULO.

La existencia de textos, en donde se hace referencia a problemas que tocan algunos problemas de la responsabilidad del vendedor o del comprador de la herencia, otorga la oportunidad de realizar un análisis que profundice sobre su contenido con la finalidad de reconstruír el régimen respectivo. Por un lado, valorizaremos si existe sólo una correspondencia con la *emptio venditio* general, o si se manifiestan diferencias en relación a la propia particularidad del objeto vendido. En caso de correspondencia, sería interesante observar si los textos inherentes a nuestra materia pudiesen aportar contribuciones al cuadro general del contrato, o por el contrario, si encontrasemos diferencia, trataríamos de buscar sus razones. En nuestro análisis es indispensable tener en cuenta dos circunstancias:

a) el desarrollo histórico de la compraventa de herencia, que hemos apreciado en el capítulo primero. No debe en efecto olvidarse que en un origen para celebrar el negocio se empleaban probablemente únicamente las *stipulationes emptae et venditae hereditatis,* pasándose, almenos desde el inicio del II siglo d.C, al contrato consensual junto a estas mismas estipulaciones o bien en completa sustitución de éstas;

b) las obligaciones del vendedor y del comprador de la herencia sólo en parte coinciden con las correspondientes a todas las compraventas, existiendo ciertas obligaciones típicas y específicas a este negocio, cuya finalidad era la cesión sustancial del *ius heredis* al comprador. Pasemos a continuación al examen de los textos procediendo separadamente entre vendedor y comprador.

II. LAS FUENTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL VENDITOR HEREDITATIS Y SUS CONSECUENCIAS

Los textos que tocan perfiles de la responsabilidad del vendedor de la herencia han sido agrupados según el siguiente orden: A) los criterios de determinación de su responsabilidad; B) el *dolus in contrahendo;* C) el *dolus* en relación a una condena judicial por la que podía pedirse la indemnización al comprador; D) el resarcimiento del daño.

A) Criterios de determinación de la responsabilidad del vendedor.

Las noticias que se encuentran en los textos al respecto, se refieren a dos actitudes del *venditor hereditatis,* que ocasionan el incumplimiento de su obligación de transmitir al comprador todo lo que le llegase de la herencia vendida.

1. Actitud finalizada a impedir que algo se incluya en el *pervenire.*

Con referencia a la *stipulatio emptae hereditatis* el texto de Ulpiano, *libro quinquagesimo ad edictum* D.45.1.50.1 menciona las palabras del respectivo formulario, en donde se indica la obligación del vendedor de transmitir al comprador lo que le llegara de la herencia o lo que él con dolo hubiese impedido que le llegara (*quanta pecunia ad te pervenerit dolove malo tuo*

factum est eritve, quominus perveniat).[315] Como hemos visto anteriormente, al término *pecunia* se atribuía un sentido amplio, incluyéndose no sólo el dinero, sino también todas las *res hereditariae*.[316] La importancia del presente texto para nuestra finalidad actual consiste en el hecho de que el formulario típico de la *stipulatio* sancionaba únicamente el *dolus malus* del vendedor para impedir la adquisición por parte suya de algo *ex hereditate*, de modo de no transmitirlo después al comprador. Esto ocasionaba probablemente, según los más recientes tentativos de reconstrucción de tal formulario,[317] su condena al *quanti ea res erit*.[318]

Otro texto de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.5, haciendo referencia a la misma obligación del vendedor, en la primera parte indica una vez más como causa de responsabilidad su actuación dolosa con la finalidad de excluír algo del *pervenire* y por lo tanto de la transmisión al comprador; después expresa de forma ejemplificativa algunas situaciones que corresponderían a tal actuación, introduciéndose en la parte final del texto el criterio de la *culpa lata*. Al respecto se dice:

> *Sed et si quid dolo malo eorum factum est, quo minus ad eos perveniat, et hoc emptori praestandum est: fecisse autem dolo malo quo minus perveniat videtur, sive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit, vel id egit dolo malo, ne de hereditate adquireretur vel ne possessionem adipisceretur quam posset adipisci. sed et si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur: deperdita autem et deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur.*

Si con dolo malo el vendedor o su heredero (indicados en el parágrafo precedente) actuaron de modo que algo no llegara a ellos mismos, también de ésto son responsables frente al comprador. Resulta que haya actuado con dolo malo para impedir la adquisición, o si ha enajenado alguna cosa, o ha liberado a un deudor mediante *acceptilatio*, o ha impedido dolosamente que se adquiera algo de la herencia o que se tomara la posesión de una cosa que podía obtenerse. Empero si hubiera hecho algo no con dolo malo sino con *culpa lata*, también en tal caso será obligado. Por el contrario, no se responderá de las pérdidas y disminuciones que se hayan verificado sin dolo malo del vendedor.

Bajo el perfil que en este momento tratamos, el presente texto manifiesta dos aspectos que merecen de ser profundizados:

a) es confirmada la responsabilidad del vendedor en el caso de que actúe dolosamente para no adquirir algo de la herencia que después tiene que ser transmitido al comprador. El jurista trata más ampliamente este argumento respecto a D.45.1.50.1, mostrando ejemplos de actuaciones dolosas y fijando los límites de dicha responsabilidad. Con referencia a los primeros, son indicadas cuatro situaciones: 1) enajenación de algo (*sive alienavit aliquid*); 2) remisión de una deuda (*vel etiam accepto quem liberavit*); 3) actitud dolosa con la finalidad de impedir adquisiciones de la herencia (*id egit dolo malo, ne de hereditate adquireretur*) o 4) de impedir haber tomado la posesión de cosas hereditarias que podía obtenerse (*ne possessionem adipisceretur quam posset adipisci*). Veamos a continuación cada una de tales situaciones.

En lo referente a la situación 1) el texto de Ulpiano tiene un sentido general, pudiendose sobentender la venta de *res hereditariae* ya incluídas en la herencia en el momento de la celebración del contrato así como la venta de una de estas cosas llegada al vendedor en un tiempo sucesivo, puesto que, como hemos visto anteriormente (cap. 4 § 1), él continúa siendo heredero. Las fuentes jurídicas de las que disponemos siempre consideran este segundo caso, que parecería el más probable en la práctica. Tal constatación se aprecia en Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21, cuyo razonamiento comienza propiamente del análisis de dicha hipótesis (*venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit*)[319] y en la constitución del año 230 d.C. de Alejandro Severo recogida en C.4.39.6, que afirma la persistencia de la propiedad de las cosas hereditarias por parte del vendedor

ante traditionem en relación a un caso de este tipo (*qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit*).[320] Es relevante que en ambos textos no se pone en duda la validez de la venta sucesiva a un tercero de un objeto perteneciente a la herencia, sino se sanciona, como veremos a continuación, la responsabilidad del comprador en el *id quod interest,* debido a que su actuación es una violación a la buena fe contractual. Tales conceptos se expresan claramente en el texto de C.4.39.6: en la primera parte, apenas mencionada, se resalta el hecho de que, no transmitiéndose con la venta la propiedad de los bienes correspondientes a la herencia sin el acto translativo de la *traditio*, es plenamente válida la segunda venta que realizó el heredero donde transmitió a otros el dominio de las cosas hereditarias; en la segunda parte se afirma de todos modos su responsabilidad por motivo de la infracción de la *fides contractus*: *sed quoniam contractus fidem fregit, ex empto actione conventus, quanti tua interest praestare cogitur* (pero, puesto que quebrantó la buena fe del contrato, convenido por la acción de compra, está constreñido a prestar cuanto es tu interés).

La enunciación de Ulpiano no se opone a todas las enajenaciones de una cosa hereditaria, sino a las que constituyen una violación dolosa de su obligación de transferir todo lo que hubiese adquirido *hereditario nomine,* asumida en ocasión de la *venditio hereditatis* por medio de *stipulatio* o por el propio contrato consensual. En efecto, si una vez concluído tal negocio, el vendedor enajenase sin dolo una cosa (por no saber que la cosa perteneciese al haber hereditario), podría pensarse que valiese el principio recordado en la parte central del mismo fragmento de Paulo D.18.4.21, en base al cual él actuaría como si fuese un representante del comprador (*sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam quam hereditatis*), suponiéndose un acuerdo tácito con éste (*tacite hoc agi videtur, ut, si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam*). En dicha hipótesis el vendedor se encontraría obligado a transmitir el precio conseguido.[321]

También con referencia a la situación 2), las palabras del jurista *accepto quem liberavit* deben ser interpretadas extensamente, indicando la liberación de un deudor mediante una *acceptilatio* empleada como medio de remisión de una deuda. Como es notorio, en la época clásica ésta era quizá la función más importante y difundida de tal negocio, aplicándose a todas las obligaciones y no solamente a las *verbis.*[322] La validez del acto de liberación del deudor no se pone en duda, encontrándose el vendedor facultado a realizarlo en todo momento por tener el carácter de heredero a pesar de haber realizado la venta; no obstante, es fuente de responsabilidad su actuación dolosa, en el momento que sea finalizada a ocasionar una disminución patrimonial de la herencia vendida en fraude del comprador. Si bien no obtendría un beneficio económico directo, tal acto ocasionaría de todos modos beneficio al deudor.

La situación sub 3) incluye otras actitudes dolosas para que el comprador no adquiera algo de la herencia (*id egit dolo malo, ne de hereditate adquireretur*). De tal caso podríamos pensar en la manumisión de un esclavo hereditario, como se manifiesta en C.7.10.3. gémina de C.4.39.6. (*Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit et ideo manumittendo libertatem servo hereditario praestitit),* o bien la ocultación fraudulenta de determinado objeto perteneciente a la herencia o a la negación de su existencia. Otros casos podrían ser la pérdida dolosa (o culposa como resultaría de la interpretación *a contrario sensu* del texto de Pomponio D.18.4.3, que veremos dentro de breve en el punto *b*), del dinero hereditario con la finalidad de que el comprador no lo adquiriese, o bien la falta misma de adquisición de la totalidad de la herencia, como sucedería en el caso expresado por Gayo D.18.4.12., en que el vendedor, sabiendo de que la *hereditas* no le pertenecía, la hubiese vendido igualmente.[323]

La última situación sub 4) considera la falta de adquisición de la posesión de una *res hereditaria* que podía obtenerse. Este podría ser el caso de que, estando determinados bienes de la herencia en manos de terceras personas, el heredero no ejercitara dolosamente la *reivindicatio* de tales para impedir su sucesiva transmisión al comprador, como se argumentaría *a*

contrario sensu de la hipótesis de donde se empieza el análisis de Paulo en D.18.4.21 (*venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus ...*).[324] O bien el vendedor descuida voluntariamente el ejercicio de esta acción, con la finalidad de que el tercero poseedor pudiese usucapir la cosa hereditaria o de que no se enterase el comprador de la existencia de la misma. También podría ser el caso en que el vendedor no permite a éste último de ejercitar la *actio in rem* para la recuperación de la cosa violando su obligación de *pati actiones hereditarias exequi cognitorio aut procuratorio nomine.*[325]

Al final del parágrafo Ulpiano precisa que de las pérdidas y disminuciones de la herencia no ocasionadas por el dolo del vendedor no deben considerarse como exclusiones de algo del *pervenire* y por lo tanto no constituyen incumplimento de su obligación de entregárselas al comprador.[326]

La explicación del principio contenido en este fragmento se relaciona con el afirmado en D.18.4.14.1, según el cual el heredero no es responsable de la cuantía de la herencia vendida (*quanta autem hereditas est, nihil interest*), cesando su irresponsabilidad no sólo en el caso de que la haya explícitamente declarado, como se expresa en D.18.4.15 (*nisi de substantia eius adfirmaverit*),[327] sino también por la falta de adquisiciones y las pérdidas patrimoniales que a causa de su actuación dolosa (o gravamente culposa) no pudieron incluirse en el *pervenire* y por lo tanto en la transmisión al comprador.

b) Resulta interesante observar que, aunque todo el texto de Ulpiano gire alrededor del concepto de dolo, se haga referencia en un inciso final también a la *culpa lata: sed et si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur.* En la redacción actual por lo tanto se equipara a la responsabilidad por dolo del vendedor la referente a la culpa grave; no sólo todas las actuaciones dolosas apenas examinadas, sino también las gravemente culposas que hubiesen impedido la adquisición de algo a la herencia vendida, de modo de que no se realice la transmisión al comprador ocasionarían la necesidad de indemnizarlo.

La referencia de la *culpa lata* fue controvertida por la crítica interpolacionista,[328] basándose sobre los siguientes argumentos: *a*) el nacimiento de tal criterio sólo en la época postclásica; *b*) la roptura del esquema del texto, en donde se afirma únicamente la responsabilidad por dolo; *c*) la contradicción con la frase inmediatamente sucesiva que excluye la indemnización sin dolo: *deperdita autem et deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur*. En nuestro caso así como en muchos otros del Digesto[329] los compiladores habrían asimilado la *culpa lata* al dolo en lo que respecta a consecuencias prácticas, no siendo fácil distinguir ambas figuras y resultando más sencilla la demostración de un acto derivante de *culpa lata* respecto a uno doloso.[330]

Por el contrario, como es notorio, los estudiosos más recientes[331] son de la idea que la equiparación entre el dolo y la *culpa lata* ya fuera admitida durante la época clásica, a partir de los proculeyanos, en todos los casos donde existía la dificultad práctica de interpretar un comportamiento del deudor que por su gravedad se suponía que fuese doloso, mientras que éste afirmaba de ser culposo. Por lo tanto se considera inaceptable la postura preconcebida, en base a la cual debe atribuirse a la obra de los postclásicos o compiladores de Justiniano todas las menciones de *culpa lata*, debiendose valorar en los casos específicos la fundamentación de eventuales interpolaciones.

En nuestro texto no puede pasar desapercibido, como relevan los interpolacionistas, que la frase *sed et si lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur* en realidad parece encajada a la fuerza en un contexto en donde el único criterio analizado es el dolo. Sin embargo, la hipótesis que se trataría de una interpolación sustancial parecería negada por el hecho de que el concepto de *culpa lata* es conocido y empleado por parte de Ulpiano en varios textos,[332] no existiendo por lo tanto motivos suficientes para desconocer la genuinidad de su postura en el presente contexto. Mayormente convincente resultaría la opinión de que los compiladores hubiesen realizado un resumen del pensamiento de Ulpiano, insertándolo en este punto; en su comentario probablemente podía haber desarrollado en primer lugar lo que Sabino afirmaba en lo referente a la responsabilidad del vendedor limitándose al doloso impedimento de la adquisición de algo de la herencia; y sucesivamente podía haber

tratado la extensión de dicha responsabilidad a los casos de *culpa lata,* argumentando su fundamento. Los compiladores justinianeos habrían resumido esta argumentación incluyéndola en la parte relativa al dolo para poner mayormente en luz la equiparación de los dos criterios.[333]

2) Pérdida de dinero hereditario y de cosas hereditarias singulares.

La obligación del vendedor de transmitir al comprador los bienes hereditarios actuales y los que le hubiesen llegado de la herencia vendida naturalmente incluye también la *pecunia* exigida de los deudores. Con referencia a tal caso un notorio texto de Pomponio, *libro vicensimo septimo ad Sabinum* D.18.4.3. señala:

> *Si venditor hereditatis exactam pecuniam sine dolo malo et culpa perdidisset, non placet eum emptori teneri.*

El jurista afirma que, si el vendedor de la herencia hubiese perdido sin dolo malo y culpa el dinero cobrado, se había establecido que él no estaba obligado al comprador.[334] El empleo de la palabra *placet* indica que la cuestión había sido discutida en la jurisprudencia, y probablemente por el mismo Sabino, cuya obra comentaba Pomponio, y que al final había prevalecido la opinión de que la pérdida involuntaria del dinero hereditario cobrado no debería ser a cargo del vendedor, confirmándose el principio *periculum est emptoris*. De la interpretación contraria del presente texto por lo tanto resulta que, si los créditos pagados por los deudores hereditarios se hubiesen perdido por dolo o culpa del *venditor hereditatis*, de tal pérdida él era responsable frente al comprador.

La mención de *culpa* en el presente texto durante largo tiempo fue considerada como una interpolación,[335] puesto que en un origen Sabino y Pomponio habrían limitado la responsabilidad del vendedor de la herencia a la sola pérdida ocasionada por su dolo. Los bizantinos en vez habrían incluído la *culpa sic et simpliciter,* creando también una contradición con el texto de Ulpiano en D.18.4.2.5, en donde se admite como solo criterio además del dolo el de la *culpa lata.* No obstante, resultaría difícil aceptar la fundamentación de esta argumentación. De un lado, en el tiempo en que Pomponio escribía, como se sabe, la jurisprudencia ya admitía la responsabilidad del vendedor basada también sobre su actitud culposa, y no solamente sobre su dolo.[336] Por el otro lado, no existe la afirmada contradición, por la que en D.18.4.2.5. los compiladores habrían hecho referencia a la *culpa lata* y en D.18.4.3. únicamente a la sola culpa. A pesar del hecho de que Sabino, Pomponio y Ulpiano podrían manifestar opiniones diferentes sobre este punto, los dos textos tratan cuestiones diversas, en los que era posible que valiesen criterios diversos. En efecto en D.18.4.2.5 se examina la actitud del vendedor que tiene como finalidad el obstaculizar que se incluyese algo en el *pervenire* en la sucesiva transmisión al comprador, mientras que en D.18.4.3. se considera la diversa hipótesis que el dinero ya era incluído en el *pervenire,* no pudiendo el vendedor transmitirlo a causa de su pérdida.

Otra mención del criterio de la *culpa venditoris,* que podría relacionarse a la pérdida de una cosa de la herencia vendida, se manifiesta en la parte final del largo fragmento de Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21, en donde al respecto se dice lo siguiente:

> *...nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem, et sic aestimationem quoque: nam et aream tradere debet exusto aedificio.*

El texto comenta que, si el vendedor sin culpa ha cesado de detentar la cosa vendida, deberá ceder al comprador sus acciones para recuperarla, no la cosa, y de este modo también la estimación; en caso en que la cosa que se debe entregar es un edificio que se incendia, la obligación se cumple mediante la entrega del terreno. La pérdida sin culpa de la cosa vendida a que se refiere el jurista en este punto, se verifica una vez celebrada la venta de la misma.[337] Del contexto del entero fragmento se muestra que los principios manifestados en dicha parte pueden aplicarse también al caso en que el vendedor de la herencia, una vez celebrada la *venditio hereditatis,* obtuvie-

se una *res hereditaria* singular que tenía que ser transmitida al comprador y que hubiese perecido.[338] En tal caso,[339] resultaría que Paulo, ante la pérdida sin culpa del vendedor, afirma que el mismo deberá ceder al comprador las acciones que tuviera contra el tercero para obtener la cosa; o bien, prestar su estimación. Las palabras *et sic aestimationem quoque* podrían entenderse de dos modos: el primero consistente en que, si el vendedor una vez ejercitada la acción para recuperar la cosa, hubiese vencido el juicio, deberá otorgar al comprador el valor de la misma que en la *litis aestimatio* se estableciese; en un segundo modo podría entenderse también que en caso de que la pérdida se debiese a un tercero, la *aestimatio* del valor de la cosa que hubiese dado al vendedor deberá otorgarla al comprador. De una u otra interpretación se producirían los mismos efectos prácticos.

Podemos destacar para nuestros fines la indicación también por parte de Paulo de la *culpa* como criterio de responsabilidad del vendedor de la herencia, aplicándose las soluciones anteriores en caso de ausencia de tal. Por lo tanto, con referencia a la pérdida de posesión no culposa (y *a fortiori* no dolosa) de la cosa bastaba al vendedor para evitar su responsabilidad la cesión de las acciones al comprador de la herencia, atenuándose el principio *periculum est emptoris* mediante el riesgo del éxito positivo del proceso *(commodum repraesentationis),*[340] y en caso de haber recibido la *aestimatio* la entrega de tal. La solución es conforme a la específica obligación del vendedor de la herencia de *actiones praestare* al comprador para la recuperación de las cosas hereditarias poseídas por terceros, como se aprecia de las palabras gayanas en Ins. 2.252 y de Ulpiano en D.18.4.2.3.[341] Si la cosa había perecido, la falta de culpa tenía como consecuencia que el vendedor de la herencia no era responsable en caso de que pagase su *aestimatio,* no pudiéndose configurar en la *venditio hereditatis* una responsabilidad por custodia como efecto natural del negocio, sino como elemento accidental.[342]

La razón de la imposibilidad de determinar una responsabilidad por custodia del *venditor hereditatis,* salvo probablemente acuerdo expreso de las partes sobre las *res corporales,* se

deriva del hecho de que el vendedor se encuentra obligado a entregar la *hereditas* entendida como *nomen iuris*[343] garantizando su posición de *heres,* sin responder de su monto ni de la evicción o de la calidad de las cosas de las que se encuentra comprendida.[344]

Puede referirse también a nuestra materia la situación indicada en la frase conclusiva del fragmento *nam et aream tradere debet exusto aedificio* (en efecto debe entregar el area una vez incendiado el edificio), que reafirma el principio que el riesgo lo soporta el comprador *(periculum est emptoris)* en caso de disminución del valor de la cosa vendida por causa no imputable al vendedor. Si el edificio incendiado formaba parte de la herencia vendida, el vendedor cumpliría su obligación entregando el solar donde se encontraba. Así también si la herencia estuviese constituída de barricas de vino, al transformarse en vinagre, el vendedor estaría obligado a entregar el vinagre.

B) *Dolus in contrahendo* respecto a la pertenencia de la herencia vendida.

En la cadena de textos que tratan de venta de la *spes hereditatis* (D.18.4.10-13)[345] está incluído también el breve fragmento de Gayo, *libro decimo ad edictum provinciale* D.18.4.12, que dice:

> *Hoc autem sic intellegendum est, nisi sciens ad se non pertinere ita vendiderit: nam tunc ex dolo tenebitur.*

Si el vendedor vende en forma aleatoria una herencia sabiendo ya que no le pertenecerá, será obligado por su dolo. La expresión inicial *hoc autem sic intelligendum est* (ésto pero se debe entender así) pone la duda si tal principio se refiere solamente al fragmento anterior de Ulpiano en D.18.4.11. o también al de Javoleno en D.18.4.10, puesto que, como se ha visto anteriormente, los dos textos expresan un doble modo con que se podía realizar la venta de una *spes hereditatis.* La posición que D.18.4.12. ocupa en la cadena y las palabras con que se empieza harían pensar como más probable la primera hipótesis, admitiéndose la eficacia de la venta aleatoria con la fórmula *si qua sit hereditas, est tibi empta* cuando el vendedor no

actue con dolo. No obstante, desde el punto de vista conceptual, no hay razones para excluír su referencia a la venta indicada por Javoleno (y sustancialmente seguido por Paulo en D.18.4.13) con la cláusula *si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri,* valiendo también en este caso la responsabilidad del vendedor que hubiese actuado dolosamente. En base a esta interpretación, el texto de Gayo serviría para afirmar el criterio de dolo como fuente de responsabilidad del vendedor en todos los casos de venta de *spes hereditatis.*

C) El dolo en relación a una condena judicial por la que podía pedirse la indemnización al comprador.

En D.18.4.2.7. del mismo Ulpiano se discute la cuestión si también el *lucrum* conseguido ocasionalmente de la herencia por parte del vendedor debe formar objeto de transmisión al comprador.[346] Juliano, cuya opinión Ulpiano comparte en su totalidad, la solucionaba en sentido negativo y concluía que, en caso de que el vendedor hubiese prestado algo en cuanto condenado, tenía derecho a ser indemnizado por el comprador, con tal que su condena no dependiese de su dolo malo (*si autem condemnatus praestiterit, hoc solum heredi sufficit esse eum condemnatum sine dolo malo suo*). La ausencia de una actitud dolosa debía sobre todo manifestarse cuando el vendedor era condenado hacia un tercero diverso de un acreedor hereditario (*etiamsi maxime creditor non fuerit is cui condemnatus est heres*). Tal parte del texto ocasiona dudas en cuanto a su interpretación, porque a simple vista parecería extraño que el vendedor fuese condenado a pagar a un tercero no teniendo el carácter de acreedor; probablemente se hace referencia a una condena injusta en donde el actor no siendo verdadero acreedor obtuviese una sentencia favorable, o bien, que un tercero ejercitase una acción real sobre alguna cosa de la *hereditas.* En uno u otro caso debe quedar claro que el vendedor no deberá demandar al comprador la cantidad de la que hubiera sido condenado siempre y cuando no hubiese actuado dolosamente. Así también es confirmado y precisado el principio de Gayo en Inst. 2.252 que atribuía dicha indemnización a las *dationes* en buena fe (*ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset*).[347] Lo que es importante considerar en este momento es que la expresión *esse condemnatum sine dolo malo suo* puede referirse a una pluralidad de actitudes dolosas del vendedor, incluídas aquellas efectuadas con la finalidad de realizar una voluntaria disminución patrimonial de la herencia vendida, relacionándose con el contenido de D.18.4.2.5 analizado en el punto A1). Por el otro lado, se sancionan los acuerdos fraudulentos con el tercero (*v.g.* para excluír algo de la herencia que debe ser transmitida o para compartirse el dinero reembolsado por el comprador).

D) Resarcimiento de los daños.

1. En caso de venta de una herencia no existente o no correspondiente al vendedor, como vimos anteriormente (cap.2 §I), son diversamente expresadas las consecuencias jurídicas derivantes de su responsabilidad en la cadena de textos D.18.4.7-9. Considerándose la venta como inexistente, Paulo en D.18.4.7. otorgaba la *condictio* del precio, pareciendo ver en su restitución un resarcimiento suficiente al comprador. Diferente era la opinión de Javoleno en D.18.4.8, que, presuponiendo la existencia del contrato, tomaba en consideración para la indemnización el valor de la herencia, si existiese una pero que no le perteneciera al vendedor *(si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur),* o, faltando la misma, el precio pagado, los gastos *(si nulla est, de qua actum videatur, pretium...et si quid in eam rem impensum est)* y, según otro texto de Paulo en D.18.4.9, también el *id quod interest.*

2. La responsabilidad del vendedor naciente de la violación de su obligación de garantizar al comprador la calidad de heredero, como manifiesta Paulo en D.18.4.16, implica la necesidad de resarcirlo en el *quanti interest (si quasi heres vendideris hereditatem, cum tibi ex s.c. Trebelliano restituta esset..,quanti emptoris intersit teneberis).*[348]

3. Las mismas consecuencias del resarcimiento en el *quanti tua interest* se encuentran también en la constitución de Alejandro Severo del 230 d.C. en C.4.39.6, que como dijimos en el punto A), las relaciona con la actitud dolosa del vendedor que

vendió las cosas hereditarias en una segunda ocasión a otro comprador.

4. En el texto de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.6. como hemos visto en el capítulo correspondiente a la confusión hereditaria (cap.6 § III), el vendedor es responsable con el comprador por las deudas que hubiese tenido el hijo o el esclavo suyo con el *de cuius* hasta el monto del peculio.

III. Las fuentes sobre la responsabilidad del emptor hereditatis y sus efectos

La responsabilidad del comprador de la herencia, que se expresa en los textos jurídicos, se limita a las actitudes dolosas que se manifiestan en engaños que comportan la fijación de un precio inferior al valor real de la herencia (*dolus in contrahendo*).[349]

El principio general aplicable a todos estos casos es expresado por Ulpiano, *libro undecimo ad edictum* D.4.3.9, en donde el empleo de la acción contractual excluye el recurso de la *actio de dolo* para la represión de tales actitudes:

Si quis adfirmavit minimam esse hereditatem et ita eam ab herede emit, non est de dolo actio, cum ex vendito sufficiat.

Si alguien fraudulentamente haya afirmado que el valor de una herencia es mínimo con la finalidad de adquirirla del heredero, se ejercita contra él la *actio ex vendito,* no siendo necesaria la *de dolo.* Como es evidente, es la afirmación del comprador sobre el valor ínfimo de la herencia que concretiza su dolo y que prácticamente puede explicarse en una pluralidad de actitudes, todas tendientes a obtener una reducción fraudulenta del precio. Es destacable relevar la posibilidad de su dolo, puesto que le es atribuída la valoración de la herencia vendida, no conociéndola el *heres* vendedor. Probablemente la situación a la que Ulpiano se refiere es la de un mandato que tiene tal objeto, como puede derivarse de otro texto originariamente contenido en el *liber undecimus ad edictum* y actualmente recogido en D.17.1.42,[350] cuyo inicio dice:

Si mandavero tibi, ut excuteres vires hereditatis, et tu, quasi minor sit, eam a me emeris et mandati mihi teneberis.

La situación a la que el fragmento se refiere es la siguiente: si te doy mandato de investigar la consistencia del patrimonio hereditario *(ut excuteres vires hereditatis)* y tu me lo compras como si fuese de un valor menor, serás responsable hacia mí también con la acción de mandato. En el presente caso se intersectan dos diversas relaciones obligatorias: mandato y compraventa de herencia. El heredero realiza un contrato de mandato con un tercero, en base al cual éste es encargado de valuar las *vires hereditatis.* El mandatario ejercita su encargo haciendo creer al heredero mandante que la herencia tuviese un valor más bajo del real y le propone su adquisición. Una vez celebrada la *venditio hereditatis,* el heredero se entera de su valor efectivo; en tal caso, puede elegir si ejercitar contra el mandatario-comprador la *actio mandati* derivante del contrato respectivo o bien la *actio venditi* en base a la compraventa de herencia.

Otros dos fragmentos nos permiten conocer algunas informaciones sobre las consecuencias jurídicas del dolo del comprador que hubiese afectado el precio de la herencia vendida.

El primero pertenece aún a Ulpiano, *libro trigesimo secundo ad edictum* D.19.1.13.5, que refiere una opinión de Juliano, diciendo:

Per contrarium quoque idem Iulianus scribit, cum Terentius Victor decessisset relicto herede fratre suo et res quasdam ex hereditate et instrumenta et mancipia Bellicus quidam subtraxisset, quibus subtractis facile, quasi minimo valeret hereditas, ut sibi ea venderetur persuasit: an venditi iudicio teneri possit? et ait Iulianus competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent.

Los dos juristas consideran la siguiente hipótesis: habiendo muerto Terencio Victor y dejando como heredero a su herma-

no, un tal Bélico sustrae de la herencia ciertas cosas, accesorios y esclavos; una vez sustraídos tales objetos, le es fácil persuadir al heredero del poco valor de la herencia a fin de que se la vendiese. ¿Podrá acaso considerarse obligado Bélico por la acción de venta? La opinión de Juliano es afirmativa, pudiendo ejercitar la acción de venta por cuanto valdría de más la herencia si dichas cosas no hubiesen sido sustraídas.

En primer lugar, en tal caso podemos observar que en la época de Juliano probablemente formaba todavía objeto de duda si una actitud dolosa del adquirente que hubiese llevado a la fijación de un precio de la herencia vendida más bajo de su efectivo valor pudiese reprimirse con la *actio venditi* en lugar de la *actio de dolo.* Tal duda resultaría superada por este jurista, abriendo definitivamente el camino a la completa afirmación del principio que hemos apreciado en D.4.3.9.

El dolo del comprador que se realiza mediante la sustracción y/o ocultación de cosas hereditarias con la finalidad de disminuír el valor de la herencia, no repercute en la propia validez del contrato, sino en el ámbito de la responsabilidad del comprador. En efecto el fragmento precisa que, como consecuencia de su dolo, él se encuentra obligado a añadir al precio pagado por la herencia una suma correspondiente al efectivo valor de la misma que incluyese el valor de las cosas sustraídas *(...in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent).*

El segundo texto es la constitución de C.4.39.4. (Alejandro Severo, año 223 d.C.), anteriormente analizada (cap. 1 § V), en donde se examina el caso de un comprador que obtiene la herencia a un precio muy bajo, haciendo creer al vendedor, no cierto todavía de la cuantía, que ésta fuese módica *(Qui nondum certus de quantitate hereditatis, persuadente emptore, quasi exiguam quantitatem eam vendidit).* En tal caso el vendedor no es obligado a entregar las cosas que corresponden a la herencia, así como tampoco otorgarle al comprador las acciones para que pudiese cobrar los créditos a los deudores hereditarios, o la recuperación de las cosas que estuvieren en manos de terceros *(bonae fidei iudicio conveniri, ut res tradat vel actiones mandet, non compellitur).* Por lo tanto se deja sin efectos

el contrato respectivo, como se deriva de la frase final *suo quoque iure eorum persecutionem habet,* que legitima al vendedor al ejercicio de las acciones hereditarias en base a su propio derecho. Aunque en tal constitución no se diga si el precio hubiese sido pagado o no, la hipótesis afirmativa parece la más probable, no pudiéndose en caso diverso imaginarse porque el comprador hubiese llamado en juicio al vendedor; en tal caso podría pensarse que el precio pagado desempeñase un papel en el resarcimiento del daño. La diversidad de efectos entre el texto D.19.1.13.5. y la constitución C.4.39.4. en cuanto a la validez del contrato es ocasionada por el momento en que se descubre el acto doloso; en el primer caso la venta ha sido efectuada cumpliéndose las obligaciones por las partes, por lo que en base al principio de conservación del contrato permanece válido modificándose únicamente el precio al efectivo valor de la herencia. En el segundo caso el engaño es descubierto antes de la entrega de las cosas, situación que otorga al vendedor frente al ejercicio de la *actio empti* la posibilidad de no cumplir con la obligación correspondiente dejando sin efectos el contrato.

IV. Líneas de reconstrucción

Resumiendo el cuadro derivado de las fuentes analizadas en los parágrafos precedentes aparecen claros los puntos siguientes:

1.Con referencia a los criterios de determinación de la responsabilidad del vendedor, hemos observado:

a)en Ulpiano D.18.4.2.5. el dolo y la culpa grave que impiden la adquisición de algo de la herencia vendida de modo de no transmitirlo al comprador;

b) en Pomponio D.18.4.3. y Paulo D.18.4.21. *in fine* el dolo y la culpa por la pérdida del dinero hereditario o de *res hereditariae* singulares;

c) en Juliano y Ulpiano D.18.4.2.7. el dolo respecto a las condenas sufridas *hereditario nomine,* cuyo reembolso puede pedirse al comprador.

2. Con referencia a los acuerdos para la conclusión del contrato, se manifiesta el *dolus in contrahendo:*

a) en Gayo D.18.4.12, en donde el vendedor enajena una *spes hereditatis* ya sabiendo que no le pertenecerá la herencia;

b) en Juliano mencionado por Ulpiano D.19.1.13.5, Ulpiano D.4.3.9. y D.17.1.42. y la constitución de Alejandro Severo C.4.39.4. respecto a la actitud del comprador para obtener la fijación de un precio más bajo.

Como podemos observar, tal cuadro resulta fragmentario y limitado para fundamentar un discurso general en lo que respecta al fenomeno de la responsabilidad de las partes en la *venditio hereditatis,* respondiendo de tal manera a las cuestiones expresadas en el §I. Sin embargo, tal exposición sería suficiente para individualizar algunas líneas de tendencia general que si bien de forma incompleta, podrían ayudar a reconstruír el desarrollo histórico de tal fenómeno.

I. Valorando globalmente las fuentes recordadas en el punto 1, puede afirmarse con bastante seguridad que al final de la época clásica valiesen como criterios de determinación de la responsabilidad del vendedor de la herencia el dolo y la culpa, en su graduación de *lata* y *laevis,* conformemente a lo que se observa en la evolución histórica del contrato de *emptio venditio.* Más difícil sería individualizar las etapas singulares de dicha evolución y su eventual validez para todas las obligaciones del *venditor hereditatis.*

Fundamentándonos sobre el incumplimiento de la obligación de transmitir al comprador todo lo que está incluído en el *pervenire* ocasionado por la falta de adquisiciones *hereditario nomine* o bien por la pérdida de dinero o de cosas hereditarias singulares, pueden constatarse que la situación originaria probablemente expresada en el formulario de la *stipulatio emptae hereditatis,* hacía únicamente referencia a la actitud dolosa del vendedor. Es incierto si a tal criterio los *libri iuris civilis* de Sabino añadiesen el de la *culpa* ya como criterio general, puesto que mientras parecería valer en el referente a la pérdida del dinero hereditario cobrado a los deudores hereditarios, como se deduciría del comentario de Pomponio en D.18.4.3, resultaría excluído respecto al impedimento de adquisiciones a la herencia, según la interpretación más probable de Ulpiano en D.18.4.2.5. La solución más prudente y respetuosa de los datos de las fuentes nos inclinan a una respuesta negativa, pensándose que en este último caso la introducción de la *culpa lata* y su equiparación al dolo haya sido aceptada o realizada por los juristas sucesivos. En favor de dicha hipótesis se expresa la circunstancia que este criterio fue elaborado inicialmente por los Proculeyanos y con dificultad en la misma escuela, empezando a ser aceptado por la jurisprudencia sólo desde Juvencio Celso (inicio del II siglo d.C).[351] Además esta progresiva extensión de la *culpa* a las varias actitudes del vendedor para determinar su responsabilidad resulta conforme al modo de proceder típico de los juristas clásicos, basado como se sabe, sobre cada caso específico en lugar de conceptualizaciones generales. Por lo tanto, con suficiente seguridad podría suponerse que sólo durante el II siglo d.C. que llegó a madurarse, respecto al incumplimiento de la obligación aquí examinada, el régimen de los criterios de responsabilidad del *venditor hereditatis* que aparece fijado en el término de la edad clásica.

Fuera del caso que acabamos de exponer, en lo referente al incumplimiento de las otras obligaciones del vendedor (transmisión de la herencia, permiso de ejercitar las acciones hereditarias, garantía de la calidad de heredero, etc.), no disponemos de informaciones, pero la confrontación con el régimen general de la *emptio venditio* haría pensar que se haya realizado un desarrollo histórico igual o análogo. No contrasta con dicha hipótesis lo que dicen Juliano y Ulpiano en D.18.4.2.7, al considerar únicamente la actitud dolosa del vendedor en las condenas judiciales, puesto que se trata de una situación diferente. En efecto en tal caso la ausencia del dolo del vendedor no concierne la inejecución de su obligación, sino una condena *hereditario nomine* en base a la cual él podría hacer valer su derecho al reembolso, configurándose por lo tanto como un presupuesto necesario de tal derecho en el ámbito más general de la obligación de cada vendedor de *purgari dolo malo* (D.19.4.1.pr.). Sin embargo, no puede excluírse que el cuadro

de los criterios de determinación de la responsabilidad represente el resultado final de una evolución histórica, que no se haya realizado contemporáneamente para todas las obligaciones y tampoco podría excluírse que para ciertas actitudes del vendedor tuviese relevancia, durante un tiempo más o menos largo únicamente el dolo.

Bajo el perfil que hemos examinado en este momento, el desarrollo histórico no sería muy diferente en relación a las ventas de herencia celebradas mediante las solas *stipulationes emptae et venditae hereditatis,* puesto que no obstante la ausencia de datos específicos al respecto, en el contrato de *stipulatio* durante toda la época clásica se manifiesta la existencia de los criterios de dolo y culpa para valuar la responsabilidad del *promissor.*[352]

Con referencia al otro criterio de determinación de la responsabilidad del vendedor elaborado por los juristas clásicos, el *custodiam praestare,* no queda que reafirmar lo que hemos dicho comentando el texto de Paulo D.18.4.21. (§II *sub* B) sobre la imposibilidad de configurarlo respecto al vendedor de la herencia, salvo posible eventual acuerdo de las partes en relación a una o más *res hereditariae.*

II. El *dolus in contrahendo* es documentado suficientemente en la *venditio hereditatis* por parte del vendedor como del comprador. De los textos observados resulta que su existencia no produce la invalidez del negocio, sino la obligación del resarcimiento de los daños a la otra parte en diferente medida, como veremos en el próximo punto para el vendedor y el comprador (D.19.1.13.5. y C.4.39.6). No obstante, es cierto que para fines prácticos podría considerarse ineficaz el contrato en el caso planteado por C.4.39.4. al descubrirse el dolo antes del cumplimiento de las obligaciones.[353]

III. En lo que respecta a la determinación del resarcimiento de los daños, las fuentes indican varias soluciones en caso de que la venta de herencia se hubiese realizado mediante el contrato consensual. El principio general es la obligación de indemnizar el *id quod emptoris* (o *venditoris*) *interest* relacionado al carácter de buena fe de las acciones contractuales.[354] No resulta establecido de modo uniforme cuál interés es considerado

en tal concepto, confirmándose su elasticidad y la imposibilidad de fijar como criterios siempre válidos el del interés positivo o el del interés negativo. En D.18.4.8. se incluye la restitución del precio y los gastos, haciendo pensar que el interés mencionado en el sucesivo D.18.4.9. se refiera al negativo, si bien su brevedad pueda admitir otras interpretaciones. Aún en D.18.4.8. se presenta el criterio puramente objetivo de la *aestimatio* de la *hereditas* con la que el vendedor indemniza al comprador cuando haya vendido una herencia que no le pertenecía. En D.19.1.13.5. también se realiza el resarcimiento en favor del vendedor a través de la *actio venditi* en base al criterio objetivo del mayor valor de la herencia que incluyese las cosas sustraídas. En D.18.4.16. y C.4.39.6. por el contrario faltan referencias al modo de calcular los daños, dejándose al *iudex* la determinación en los casos específicos del *interesse* del comprador.[357]

Cuando la venta de herencia se realizaba solamente mediante *stipulationes emptae et venditae hereditatis,* si bien no disponemos de informaciones explícitas al respecto, es bastante segura la hipótesis que los daños que tienen que ser indemnizados son fijados en el *quanti ea res est.*[358]

CAPÍTULO 8

LA VENTA DE HERENCIA CLASICA: UTILIDADES, DESARROLLO EN EL DERECHO JUSTINIANEO Y RELACIONES CON EL SISTEMA ROMANISTICO ACTUAL

In hoc capitulo, postquam examinatum est quibus casibus communiter Romani emptione venditione hereditatis usi essent, speculatio iuridica subsequens de contractu isto breviter consideratur usque ad modernos codices civiles legis vigorem habentes in Europa ac in America Latina. Quaeritur an et quomodo iuris Romani antiqui regulae adiuvare possint modernos iuris prudentes.

SUMARIO: I. *Utilidades de la institución en el derecho romano clásico.* II. *Breves referencias a la compraventa de herencia en el derecho justinianeo.* III. *Interpretación y criterios de aplicación al sistema romanístico actual.* III.1. *En cuanto al objeto. a) Presupuestos esenciales. b) La compraventa de herencia como negocio per relationem. c) La aleatoriedad del contrato. d). La determinación del monto de la herencia.* III.2. *En cuanto a la obligación de entrega del vendedor. a) Los recuerdos de familia y sepulcro familiar. b) El derecho de acrecimiento.* III.3. *En cuanto al título de heredero y sus efectos.* III.4. *En cuanto a las obligaciones del comprador.* III.5.*En cuanto a la confusión.* III.6. *El derecho de prelación.* IIII.7 *Cuanto a la forma e interpretación del contrato.*

I. UTILIDADES DE LA INSTITUCIÓN EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO

Una vez que hemos realizado la exégesis de los textos que corresponden a la venta de herencia, nos encontraríamos en la posibilidad de identificar algunas funciones que desempeñó la institución en la realidad jurídica romana, explicándose, al menos parcialmente, la razón por la que sobre tal argumento se

hubiese desarrollado una cantidad considerable de opiniones jurisprudenciales. Es cierto que la materia, al desenvolverse en el campo contractual y tocar a la vez aspectos de derecho sucesorio, ocasiona un grado de difícultad especial, que por si sóla podría ser razón suficiente para un análisis detallado de la jurisprudencia clásica. No obstante, la gran cantidad de problemas concretos planteados implica que la venta de herencia era un negocio común en la vida social romana y que resolvía problemas que se daban en la práctica. Fundamentándonos sobre lo que encontramos en los fragmentos de los juristas examinados y también sobre algunos textos literarios, intentaremos en este momento de indicar utilidades prácticas a las que podía ser finalizada tal tipo de compraventa.

1. Interesantes testimonios con referencia a la mitad del I siglo a.C. pueden deducirse de las cartas y discursos de Cicerón, en donde se hace mención de algunos posibles empleos de tal negocio. En dos cartas enviadas a su esposa Terencia y a Atico, Cicerón manifiesta su intención de vender la herencia de Precio, con la finalidad de obtener rápidamente dinero en efectivo para el preparativo de su posible triunfo. Mayores informaciones sobre las modalidades del negocio se observan en la primera carta que el gran Orador manda de Atenas en el mes de octubre del año 50 a.C.

> *De hereditate Preciana, quae quidem mihi magno dolori est (valde enim illum amavi), hoc velim cures; si auctio ante meum adventum fiet, ut Pomponius aut, si is minus poterit, Camillus nostrum negotium curet. Nos cum salvi venerimus, reliqua per nos agemus; sin tu iam Roma profecta eris, tamen curabis ut hoc ita fiat.*
>
> (*Epistulae ad familiares* 14.5.2).

Cicerón le da indicaciones a su mujer de que, si la venta al asta de la herencia de Precio se realizará antes de su llegada a Roma, encargue a Pomponio y, en caso de su imposibilidad, a Camilo que se ocupen del negocio por su cuenta (*ut ... nostrum negotium curet*). Después de haber regresado sano y salvo, el mismo Cicerón efectuará los incumplimientos sucesivos

(*reliqua per nos agemus*). Estas indicaciones debían seguirse por su mujer también si ella ya hubiese partido de Roma.

Para nuestras finalidades actuales, es interesante destacar de tal testimonio los siguientes puntos.

Cicerón probablemente había sido nombrado heredero por Precio, como se apreciaría de la expresión referente a su intimidad con el *de cuius* y al dolor por su muerte (*quae quidem mihi magno dolori est, valde ... illum amavi*) y su intención era la de vender dicha herencia mediante una *auctio*. La presente interpretación no cambiaría, sino se confirmaría en caso de referencia de las palabras de dolor a él ocasionado por la decisión de enajenar la herencia de un amigo tan querido. El medio elegido para la celebración del negocio era una venta al asta, donde probablemente intervendría un banquero, como da testimonio el mismo Arpinate en su discurso *Pro A. Caecina* 5.15 y 6.17, que veremos dentro de breve, así también en base a la especulación jurídica que, ya a partir de Labeón, discutía de cuestiones al respecto, como lo demuestra el texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.18.pr., anteriormente analizado.[359] Finalmente, en caso de que el vendedor se encontrase ausente (Cicerón estaba todavía en Atenas), el vendedor podría realizar un mandato con la finalidad de celebrar el negocio, eventualmente limitado, como parecería en la presente hipótesis, a algunos aspectos; por ejemplo, fijación del día del asta, acuerdo con el banquero de las condiciones de la venta y el porcentaje que correspondería al mismo como retribución a su intermediación.

En la carta que le mandó Cicerón a Atico le ruega de impedir al liberto Filótimo de disponer de cosas de la herencia de Precio (*procura ... Precianam hereditatem ... ille ne attingat*), independientemente que fuese exigüa (*quantulacumque est*), porque necesitaba dinero para preparar su eventual triunfo (*dices nummos mihi opus esse ad apparatum triumphi*), del que, como sabemos, no se llegó a realizar:[360]

> *Hanc, quae mehercule mihi magno dolori est (dilexi enim hominem), procura, quantulacumque est, Precianam hereditatem prorsus ille (Filótimo) ne attingat. Dices nummos mihi opus esse ad apparatum triumphi.*
>
> (*Epistulae ad Atticum* 6.9.2.)

En esta carta Cicerón parecería expresar una vez más su intención de vender la herencia de Precio, que se manifestaría en la necesidad de procurarse dinero para su futuro triunfo. El hecho de que él pida que no se disponga de las cosas de la misma, podría hacer pensar que quisiera venderla en el estado en que se encontraba al momento de la muerte del *de cuius*.

Que el medio normalmente (o bien a menudo) utilizado para la *venditio hereditatis* fuese una venta al asta resulta también de otra carta que escribió Cicerón a Atico y probablemente del discurso *Pro Caecina*.

En la carta a Atico del 45 a.C. Cicerón le narra el siguiente hecho que tiene interés en nuestro argumento:

> *Brinni libertus, coheres noster, scripsit ad me velle, si mihi placeret, coheredes, se et Sabinum Albium, ad me venire. Id ego plane nolo. Hereditas tanti non est. Et tamen obire auctionis diem facile poterunt (est enim III Idus), si me in Tuscolano postridie Nonas mane convenerit. Quodsi laxius volent proferre diem, poterunt vel biduum vel triduum, vel ut videbitur; nihil enim interest. Quare, nisi iam profecti sunt, retinebis homines.*
>
> (*Epistulae ad Atticum* 13.14.1).

El liberto del difunto Brinio, coheredero del Arpinate, le había escrito que él y el otro coheredero Sabino Albio querían venir a verlo, si estaba de acuerdo. Pero Cicerón no lo estaba, porque la herencia no era tan grande. No obstante, los invita a encontrarlo en su casa de Tuscolo el día 8 en la mañana, o dos o tres días después si así lo prefieren, pudiendo de tal modo presentarse fácilmente el día de la venta al asta fijado en el día 13 del mes en curso. Para entender el contenido del presente texto, es necesario relacionarlo con otro que se encuentra en una carta anterior, en donde se afirma que a Cicerón le fue atribuído por todos los coherederos el encargo de ocuparse de

esta venta al asta: *de Brinniana auctione accepi a Vestorio litteras. Ait sine ulla controversia rem ad me esse conlatam* (recibí una carta de Vestorio sobre la venta al asta de la herencia de Brinio. Dice que el asunto me fue atribuído sin ninguna controversia) (*Epistulae ad Atticum* 13.12.4).

La situación a la que Cicerón hace referencia puede entenderse de dos maneras. La primera es que él tiene intención de vender su cuota de herencia a los otros coherederos que piensan adquirirla. En tal caso el encuentro con él, antes de la venta al asta, posiblemente estaba finalizado para obtener un precio base más bajo. Sin embargo, la actitud de Cicerón parecería manifestar, más que una voluntad de realizar un acuerdo antes del día de la venta, la preferencia de ofrecer su cuota al mejor postor. La otra interpretación, quizá mayormente probable, sería que los cuatro coherederos (entre ellos tiene que incluírse también S. Vetio, a quien se refiere la *epistula* 13.12.4) habían pensado en vender toda la herencia al asta, dándole mandato a Cicerón de realizar el negocio, y que la finalidad del encuentro con él del liberto de Brinio y de Sabino Albio era la de establecer las modalidades de tal venta (precio base, porcentaje de ganancia para el banquero, plazo de otorgar al comprador para el pago, etc...). Pero, como el valor de la herencia era bajo, el gran Orador no daba ninguna importancia a tal reunión.

La primera interpretación puede apoyarse sobre los casos de compraventa de cuotas hereditarias entre coherederos, que hemos apreciado a lo largo de la presente investigación en Escévola, *libro vicensimo septimo digestorum* D.44.4.17.2 y Ulpiano, *libro trigensimo primo ad edictum* D.17.1.14.1.[361] Aceptándose la segunda interpretación, quedaría la duda, que no puede aclararse de la lectura del texto, si la venta al asta acordada entre los coherederos hiciera referencia a la herencia en bloque o singularmente a los bienes hereditarios, considerándose posible uno u otro fenómeno por encontrarse ambos documentados en diversas fuentes.[362]

En una u otra interpretación, el episodio nos indica que el negocio objeto de nuestra atención se aplicaba prácticamente también a herencias de poco valor y que su empleo era difundido no sólo entre la aristocracia, sino también por parte de libertos.

En la parte inicial del discurso *Pro Caecina* (4.12-5.13-15) Cicerón, al describir el origen de la cuestión controvertida, narra la venta al asta en Roma de la herencia de Marco Fulcinio, que en su testamento había nombrado como heredero a Publio Cesenio y como legatarias a la esposa y a la madre Cesenia. Una vez fijada la venta al asta hereditaria *(cum esset haec auctio hereditaria constituta*, 5.13*)*, Cesenia da un mandato a Ebucio para comprar el fundo Fulciniano, puesto que se encontraba contigüo a otro de propiedad de la misma:

> *cum esset ... constituta auctio Romae, suadebant amici cognatique Cesenniae ... quoniam potestas esset emendi fundum illum Fulcinianum, qui fundo eius antiquo continens essset, nullam esse rationem amittere eius modi occasionem, cum ei praesertim pecunia ex partitione deberetur... itaque ... mulier ... mandat (Aebutium) ut fundum sibi emat.*
>
> (5.15).

El presente texto precisa que, teniendo Cesenia la posibilidad de comprar el fundo Fulciniano por razones de proximidad al suyo, los amigos y parientes la aconsejaban de no perder de ningún modo tal ocasión, en que podía invertir el dinero derivado de la partición de la herencia. Por tal motivo ella encarga a Ebucio de comprarlo.

La importancia de tal testimonio para nuestra investigación depende del hecho que podría referirse a la venta al asta de la herencia de Fulcinio en bloque. Al respecto no podemos dar una respuesta segura, puesto que Cicerón se interesaba únicamente de la cuestión de como este fundo hubiese llegado a pertenecer a Cesenia. Si por un lado, la continua mención de la venta de tal bien haría pensar en una venta al asta que tuviese como objeto no la totalidad de la herencia, sino las cosas singulares,[362] por el otro lado, se encontrarían elementos que podrían admitir la posibilidad de una venta en bloque. En primer lugar, debe tenerse en cuenta la necesidad del heredero P.

Cesenio de disponer de dinero para cumplir los legados a la madre (y quizá a la esposa del difunto). En dos puntos Cicerón afirma claramente que Cesenia debía recibir dinero de la herencia de su hijo. Para procurarse este dinero, Cesenio podría haber recurrido a la venta al asta de toda o una cuota de su herencia. Esta solución se justificaría por el pequeño monto de la herencia que le quedaba una vez cumplidos los legados. De una expresión empleada sucesivamente parecería resultar que la adquisición hubiese tenido como objeto no solamente el fundo Fulciniano, sino una pluralidad de fundos, lo que haría pensar que se tratase de una porción o de toda la herencia: *eam (pecuniam) porro in praediis conlocari maxime expediret, essent autem praedia, quae mulieri maxime convenirent, ea venirent* (era máximamente conveniente invertir dinero en fundos, había fundos que eran máximamente convenientes para la mujer y éstos se vendían) (6.16).

En base a dichos elementos parecería probable que en el presente texto también se mencionara un caso de *venditio hereditatis.*

Gracias a los testimonios de Cicerón que acabamos de examinar, no obstante ciertas dificultades interpretativas, tenemos certeza en afirmar que en el siglo I a.C. la *venditio hereditatis* en la práctica negocial romana se realizaba sobre todo utilizándose el sistema de la venta al asta organizada por un banquero. Explicándose en base a la costumbre sumamente difundida en las clases más elevadas, y por lo tanto reflejada en muchos puntos del epistolario ciceroniano,[363] de recompensar a sus propios amigos y familiares instituyéndolos herederos de una porción de la herencia. Sin embargo, el empleo de dicho negocio no es exclusivo de la aristocracia, como parecería considerarse en doctrina,[364] sino es realizado también por libertos, como el de Brinio en *Epist. ad Att.* 13.14.1, y probablemente por los miembros de otras clases sociales inferiores. Su celebración podía efectuarse sobre la totalidad de la herencia así como de una cuota de ésta, efectuándose personalmente o por medio de un representante. En lo que respecta a la utilidad que recibía el vendedor, las cartas examinadas indican que Cicerón buscaba solucionar una situación de necesidad

económica mediante la obtención de un precio por la herencia, o bien el transformar en dinero la cuantía de bienes que constituían la *hereditas* o una cuota de ésta. En el caso observado en el discurso *Pro A. Caecina,* la intención de Cesenia era la de obtener el predio contigüo al suyo para constituír una propiedad de mayores dimensiones y por lo tanto de valor superior.

Es interesante relevar una posible relación entre lo que dicen las cartas ciceronianas respecto al recurso a un representante para la celebración del negocio y el texto de Ulpiano D.17.1.42,[365] en donde el mandatario había sido encargado de examinar la consistencia del patrimonio hereditario con la probable finalidad de venderlo en un momento sucesivo, lo que efectivamente se verifica. No obstante la diferencia de situaciones, la consideración conjunta de los dos tipos de testimonios indicaría una utilización frecuente de la *venditio hereditatis* en casos en que el heredero estuviese en un lugar lejos de donde se encontraba la herencia.

2. Como ya había sido expresado,[366] la compraventa de herencia podía tener la finalidad de transmitir el ejercicio de actividades económicas. Cuando una herencia incluía una *negotiatio* o más bien una actividad económica, se manifestaba probablemente la necesidad que ésta no se desarticulase con la división de la herencia entre una pluralidad de coherederos o fuese gestionada por un heredero desconocedor de la actividad, por lo que se transmitía a uno de los coherederos o bien a un extraño que conociese el funcionamiento de la misma. Tal situación ocasionaba por lo tanto la venta de la totalidad o de la porción hereditaria que incluyese dicha *negotiatio* o actividad económica. Podía también verificarse el caso opuesto, en que el heredero vendedor quisiera conservar para sí el ejercicio de las actividades económicas, otorgándole al comprador el remanente patrimonio hereditario. Que tales posibilidades no sean simples especulaciones teóricas, sino realidades existentes en la práctica, resulta de la elaboración jurisprudencial (posiblemente ya Sabino, y después Juliano, Marcelo y Ulpiano) sobre los problemas concretos que surgían en el caso de que de la herencia vendida se exceptuasen un esclavo sin peculio o con pecu-

lio. Como hemos observado anteriormente (cap. 3 § IV), en D.18.4.2.12 (Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum)* se habla de la venta de herencia en donde se exceptúa un esclavo pero no el peculio, y en el siguiente § 13, donde se exceptúa el esclavo y el peculio, produciéndose efectos diferentes a cargo del vendedor o del comprador, como vimos en su momento. A la luz de las recientes investigaciones de la romanística moderna sobre el papel de los esclavos con el peculio en la gestión de las actividades económicas,[367] es posible que también estos casos puedan referirse a tal fenómeno, explicándose así la atención y las discusiones de la jurisprudencia sobre esos puntos. En el primero se regula el problema de la responsabilidad frente a los terceros en caso en que el vendedor exceptúe el esclavo hereditario transmitiendo su peculio. Conforme a los criterios de Juliano y Ulpiano, su protección está garantizada por la posibilidad de ejercitar la *actio de peculio et de in rem verso (annalis)* contra el mismo vendedor, salvo los efectos en las relaciones entre el mismo y el comprador. En el segundo caso, a pesar de las obligaciones entre las partes de la *venditio hereditatis* y de la solución de Marcelo y Ulpiano basada sobre la *quaestio voluntatis,* debe destacarse que, al celebrar el negocio, el vendedor se reserva el esclavo con el peculio, implicando para efectos prácticos que quería conservar la actividad económica desarrollada por el mismo.

3. En consideración del hecho de que mediante la *venditio hereditatis* se efectuaba la transmisión de patrimonios hereditarios sin pérdida en el vendedor de la calidad de *heres,* es evidente en las fuentes jurídicas, como se observa en doctrina,[368] un paralelismo entre este negocio y el fideicomiso de toda la herencia o de una porción, en donde, como se sabe, se realiza la misma finalidad, separándose las figuras de heredero y de destinatario final de los bienes hereditarios. Como hemos visto en el inicio de nuestra investigación (cap. 1 § II), el empleo de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis,* además de las funciones originarias que desempeñaron en la *venditio hereditatis,* tuvo un papel fundamental en la constitución del fideicomiso universal antes de la vigencia del senadoconsulto Trebeliano (Gayo en Inst. 2.252) y solamente después de este

senadoconsulto y del sucesivo Pegasiano se verificó una diferencia entre las respectivas disciplinas jurídicas.[369] Sin embargo, esta diferencia no implicó el fin del paralelismo entre las dos instituciones, ya que ambas continuaron a conseguir fines análogos, con la diversidad que la transmisión en bloque por parte del heredero de la herencia o de una parte de ésta a un tercero se cumplía a título gratuito y en observancia de la voluntad del testador en el fideicomiso, a título oneroso y voluntariamente en la *venditio hereditatis.* Respecto a tal realidad jurídica sería posible pensar que, durante la unicidad de régimen, la jurisprudencia que se desarrolla hasta la mitad del siglo I d.C. tratase paralelamente los problemas correspondientes a ambas figuras. También despúes de la división de la disciplina se encuentran todavía casos en que los juristas consideran aspectos comunes a las dos instituciones o casos donde es difícil determinar a cuál de las dos instituciones hace referencia el jurista.

Dentro de los primeros casos puede recordarse el texto de Meciano, *libro secundo fideicommissorum* D.32.95, analizado en el capítulo 1 § III, que citando a Aristón interpreta en un sentido amplio las palabras *quantae summae,* utilizadas tanto en el fideicomiso como en las *stipulationes emptae hereditatis.* En los casos del segundo tipo deben mencionarse el tratado en el texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.13.4-5, ya anteriormente examinado (cap. 2 § III) donde, citando a Papiniano, una venta de herencia a precio módico bajo orden del testador es asimilada a un fideicomiso. Al respecto es interesante destacar que, independientemente de la regulación existente en materia de fideicomiso,[370] en la práctica existían disposiciones testamentarias con que el testador podía encomendarle al heredero la venta de la herencia a poco precio a un tercero, configurándose por lo tanto dicha disposición a un fideicomiso.

Finalmente otro campo de aplicación concreta era la venta de las herencias adquiridas por diversos títulos a beneficio del fisco (*bona vacantia, caduca,* institución del principe como heredero universal o como coheredero, según una costumbre ampliamente difundida entre las clases más ricas),[371] en donde

valían reglas especiales.[372] En efecto tales adquisiciones no podían implicar que el mismo se hiciese cargo de los bienes y de las actividades inherentes a dichas *hereditates,* lo que explica la necesidad de venderlas al mejor postor, conservando una posición de superioridad derivada del hecho de que el fisco no podía asimilarse al *heres.* El fenómeno nos es documentado en la constitución de los emperadores Severo y Antonino Caracala en C.4.39.1, que ya hemos tratado anteriormente (cap. 3 § V). En tal constitución la imposibilidad de considerar al fisco en el mismo nivel del heredero se manifiesta en su irresponsabilidad por las deudas hereditarias, que deben ser cumplidas únicamente por el comprador.[373]

II. Breves referencias a la compraventa de herencia en el derecho justinianeo

Después de haber analizado la rica elaboración jurisprudencial clásica, rehusando las sospechas de interpolación sustancial que habrían efectuado los compiladores, nos limitaremos en este punto de nuestra investigación a algunas observaciones generales en lo que respecta al régimen justinianeo de la compraventa de herencia.

1. En el título 4.39 del *Codex repetitae praelectionis* de Justiniano son incorporadas nueve constituciones, de las que solamente las primeras seis corresponden específicamente a la venta de herencia. Todas estas son emanadas por los emperadores Severos, la última (C.4.39.6) por Alejandro Severo en el año 230. Por el contrario, las tres que concluyen el título (dos de Diocleciano y Maximiano y una del mismo Justiniano) tratan problemas relativos a la compraventa de acciones,[374] ocasionando que en doctrina[375] se supuso una total decadencia de la *venditio hereditatis* por motivo de la modificación de las condiciones económicas y sociales en la época postclásica y justinianea. Sin embargo, dicha postura parecería excesivamente radical; si de un lado, es incontestable el dato objetivo que al final de la época clásica no fueron promulgadas nuevas constituciones sobre la institución, por el otro lado, debe considerarse que las posteriores de Diocleciano y de Justiniano podrían

haber perfeccionado simplemente el mecanismo de la cesión de derechos también en el ámbito de la compraventa de herencia, sin otros cambios sustanciales de su disciplina jurídica. Además es necesario tener en cuenta que, a la luz de la constitución *Deo auctore* 10,[376] la compraventa de herencia debía continuar siendo un negocio utilizado en la vida jurídica, no obstante su menor frecuencia práctica, no explicándose en caso contrario la razón por la que Triboniano consideró oportuno incorporarla en el Digesto.

2. Interesantes deducciones pueden efectuarse al analizar la estructura que los compiladores realizaron del título 4, libro 18 del Digesto, que incluye la disciplina fundamental de nuestra institución, encontrándose además textos dispersos a lo largo de otros libros de la misma obra. Se observa un evidente predominio de la masa sabiniana (fragmentos 1-5,9,11,12,14-20) respecto a la edictal (fr.7,8,10,13), papianea (fr.6,21-23) y del apéndice (24-25).[377] Dentro de tal masa se encuentra el libro cuarenta y nueve del comentario de Ulpiano a Sabino (fragmento 2) que ocupa un papel fundamental, constituyendo por si sólo más de la mitad del entero título. En este libro, el jurista severiano efectúa un trabajo de sistemática de las opiniones de la jurisprudencia clásica anterior en materia de obligaciones del vendedor y comprador de la herencia, identificándolas y estableciendo la postura que prevaleció.[378] Su obra fue de tal modo importante en lo que respecta a la materia tratada, que redujo en gran mediada el trabajo de compilación de los comisarios justinianeos, limitándose la necesidad de interpolaciones sustanciales, manifestando la diversidad de posturas existentes en la jurisprudencia, fundamentando frente a éstas su posición que, como hemos visto en muchos puntos a lo largo de la presente investigación, continuó teniendo vigencia en la época justinianea.

La labor de los compiladores parecería consistir principalmente en identificar y sistematizar los argumentos que trataban los juristas clásicos, expresándolos y completándolos con elementos, que se encontraron determinados progresivamente por la especulación jurisprudencial clásica. Dentro del título puede relevarse claramente que tratándose de las obligaciones

de las partes, examinada fundamentalmente en el frag. 2, siguen los aspectos de la existencia del objeto (frag. 7-9), de la posibilidad de vender una *spes hereditatis* (frag. 10-13), de la cuantía de la herencia que debe ser transmitida (frag.14.1-15), concluyéndose con la exposición de algunos casos prácticos, cuyas soluciones van de acuerdo a los principios generales (frag. 18, 20-22, 24-25). Evidentes ejemplos de tal labor sistematizadora pueden observarse en los casos en que la postura de un jurista se completa con breves afirmaciones incorporadas de otro jurista, que precisan y extienden su significado. Tales "añadiduras", como tuvimos la ocasión de decir durante la presente investigación, corresponden ya al pensamiento jurisprudencial clásico, traduciéndose la actividad de los comisarios en una obra de uniformidad y armonización de las varias tendencias. En el frag. 8 al hablar Javoleno, *libro secundo ex Plautio,* de la venta de herencia inexistente, estableció que la responsabilidad del vendedor consistiría en el reembolso del precio y de lo que hubiese gastado el comprador por ese motivo. Resultando dicha posición insuficiente, se añadió el siguiente fragmento 9 de Paulo con la referencia al *id quod interest* del comprador, un criterio que ya había sido expresado durante la época clásica. Al tratar de la venta de esperanza de herencia, el frag. 11 de Ulpiano, *libro trigesimo secundo ad edictum,* admite la validez de la cláusula *si qua sit hereditas, est tibi empta,* y el fragmento inmediatamente sucesivo de Gayo, *libro decimo ad edictum provinciale,* precisa *"nisi sciens ad se non pertinere ita vendiderit"*, eliminando los efectos de la aleatoriedad en presencia de una actitud dolosa del vendedor, probablemente también con referencia al frag.11 (ver *supra,* cap. 7 § II). A la afirmación de Paulo, *libro trigesimo tertio ad edictum* en la ley 14.1. que no importa la cuantía de la herencia, se anexa la siguiente 15 de Gayo, en el mismo *libro decimo ad edictum provinciale,* que implica la responsabilidad del vendedor en el momento en que haya declarado tal cuantía: *nisi de substantia eius adfirmaverit.*

3. Los cambios sustanciales que podríamos considerar relevantes en el régimen justinianeo de la *venditio hereditatis* son reflejos de las inovaciones generales introducidas en esta época. Con referencia a los medios de transmisión de la herencia, desaparece la utilización de la *mancipatio* (cuya permanencia en la *pars occidentis* es documentada todavía en el Gayo de Autún 2.67)[379] e *in iure cessio,* quedando la sóla *traditio* para transferir en bloque las cosas corporales. Así también en materia de transmisión de derechos, se abandona totalmente el viejo sistema de la *procuratio in rem suam,* la evolución empezada ya en la misma época clásica mediante la reforma de Antonino Pío, con la que se dió al comprador de la herencia la posibilidad de ejercitar las acciones personales como útiles (cap.3 § V), se completó por Justiniano que amplió definitivamente el campo de aplicación de las acciones útiles también al ejercicio de las acciones reales. Finalmente respecto a la elección entre el contrato consensual y las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* para la celebración del negocio, la tendencia del derecho justinianeo puede considerarse totalmente orientada hacia el primero; no obstante, la permanencia en el Digesto de numerosas referencias a dichas estipulaciones (cap. 1 § III). Tal tendencia es en efecto en línea con la evolución del contrato de compraventa general, en donde las *stipulationes* accesorias en tema de evicción y vicios ocultos se transforman en simples cláusulas contractuales.[380]

III. Interpretación y criterios de aplicación al sistema romanístico actual

El derecho romano clásico presenta, como lo hemos constatado, un estudio riquísimo sobre la materia que los compiladores se limitaron a incorporar en el Digesto sin alterarlo de forma sustancial; así también las constituciones imperiales que se encuentran en el Código, corresponden a la misma etapa, sin inovaciones específicas en el derecho postclásico y justinianeo. La mayor parte de las legislaciones actuales presentan, por el contrario, poco interés en cuanto a la institución se refiere, contrastando radicalmente con la importancia que la ciencia jurídica dió en la antigüedad, demostrándose por tal hecho como también un estudio moderno de la venta de herencia en

su integridad no pueda prescindir de un análisis profundo de la experiencia romana.[381]

El conocimiento de nuestra institución en la realidad jurídica del mundo romano no sólo es importante en el campo teórico, sino que además puede tener también efectos prácticos. En doctrina se admite la postura que establece la posibilidad de eterointegración de los códigos latinoamericanos vigentes en base a la referencia que realiza el legislador a los principios generales del derecho, implicando por lo tanto la aplicación también de la derivada de la jurisprudencia romana en caso de lagunas y oscuridad de la ley.[382] La presente postura encuentra en la venta de herencia un ejemplo vivo, puesto que la configuración en el derecho romano representa la fuente originaria de donde brotan y se nutren las normas en materia de los ordenamientos del sistema romanístico.

Además de la indicación del origen romano de las normas modernas, otro fin de la presente parte de nuestra investigación, es el de destacar los puntos, en que las opiniones jurisprudenciales clásicas podrían formar el fundamento de la solución a problemas jurídicos que la doctrina actual se ha formulado, tanto en el aspecto téorico como en el práctico. Finalmente señalaremos algunos puntos específicos en donde, no obstante falte una relación con la problemática romana de la *venditio hereditatis,* son resueltos por las legislaciones actuales conforme a su espíritu. En nuestra exposición procederemos según el siguiente orden sistemático: objeto, transmisión de la herencia, confusión, forma e interpretación del contrato. Citaremos los principales códigos europeos de tradición romanística, como el francés y español, por la importancia que desempeñaron en la codificación latinoamericana; el B.G.B alemán, por ser el ordenamiento mayormente elaborado sobre la materia y el italiano por su interesante doctrina y jurisprudencia de la Corte de Casación; por otro lado, haremos mención de la legislación latinoaméricana representada por los más importantes códigos, como son los de Venezuela, Chile, Argentina, D.F.(México), Perú, Colombia, por ser suceptibles de eterointegración.

III.1. *En cuanto al objeto*

A) Presupuestos esenciales.

Del texto de Pomponio, *libro nono ad Sabinum* D.18.4.1. (cap. 2 § I) hemos apreciado la necesidad de la existencia del objeto en la compraventa de herencia, ocasionando que la falta del mismo produzca la ineficacia del contrato. Tal objeto es representado por el patrimonio hereditario que debe ser enajenado, consistente en el complejo de relaciones jurídicas activas y pasivas, que tiene el difunto y que son transmitidas al heredero. Los dos presupuestos esenciales *a*) que la herencia sea de una persona real y que haya fallecido; *b*) que dicha herencia exista, se consideran implícitos en los códigos modernos, requiriéndose cuando menos que esté abierta la sucesión del *de cuius.* La contravención al primer requisito implicaría la realización de un pacto sucesorio prohibido tanto en el derecho romano clásico como en la mayoría de las legislaciones actuales;[383] el segundo requisito representa una excepción al régimen de la compraventa en general, en que es permitida la contratación de cosa futura. En la figura que estamos examinando la prohibición para tal realización se justifica por la imposibilidad de sucesión a persona viva. Un problema interesante, que no trata el derecho romano, es el referente a la venta de herencia de una sucesión a causa de sentencia de declaración de muerte presunta; las legislaciones actuales consideran que, si la persona cuya muerta presunta ha sido declarada se presentase o se probare su existencia, después de otorgada la posesión definitiva, recobrará sus bienes en estado que se hallen, el precio de los enajenados, o los que se hubieren adquirido por el mismo precio, pero no podrá reclamar ni frutos ni rentas; esto implica la plena validez del contrato de venta de su herencia; sin embargo, surge la obligación del vendedor de entregarle el precio recibido de tal venta.

Conforme a los textos clásicos, en la actualidad la compraventa de herencia puede en cuanto al objeto desenvolverse en diversas formas:

a) Un contrato en el cual el heredero vende globalmente la totalidad de los elementos de la herencia (compraventa de herencia *stricto sensu).*[385]

b) Un contrato en el cual el heredero vende globalmente una parte de la herencia individualizándola abstractamente con una fracción, (compraventa de porción hereditaria).[386]

c) El contrato en el cual el coheredero vende globalmente su cuota antes o después de la división. (Compraventa de coherencia).[387]

B) La compraventa de herencia como negocio per relationem

Del texto de Paulo, *libro trigensimo tertio ad edictum* D.18.4.14.1. (cap. 4 § III) resulta que la característica fundamental del contrato radica en la ausencia de especificación de los objetos constitutivos de la herencia, ya que contrariamente nos encontraríamos frente a una venta de bienes hereditarios.[388] Esta misma característica se encuentra en las tres subespecies mencionadas en el punto precedente y ha sido transmitida en los códigos modernos.[389] Si bien la nota peculiar de la venta de herencia consiste en el hecho de que su contenido económico no es especificado directamente, el objeto del contrato resultaría sin embargo determinable *per relationem,* constituyendo la misma una *universitas iuris,* una unidad ideal y abstracta de activos y pasivos de naturaleza eminentemente funcional.[390]

La compraventa de herencia es por lo tanto un negocio *per relationem,* que tiene como característica la referencia a un medio extrínseco de determinación del contenido contractual,[391] consistente en todo lo que ha adquirido el heredero visto unitariamente, pudiendo las partes establecer dentro de eso los bienes que comprende el complejo hereditario a manera de orientación, o excepcionar determinados objetos, como ya admitían los juristas clásicos.[392] Esto explica la posibilidad, a que se refieren los códigos, de realizar la venta de activos hereditarios unicamente, señalándose que las deudas serán pagadas por el heredero sin responsabilidad solidaria del comprador.[393] La solución elaborada por la jurisprudencia romana, por la que

el vendedor tiene que entregar al comprador todo lo que le llegase de la herencia vendida,[394] podrá tener validez si con posterioridad se conociese la existencia de un bien pertenenciente a la misma, incluyéndolo dentro del contrato a no ser que expresamente las partes manifestaran lo contrario. Este principio es presupuesto por el C.C. Italiano art. 1440 al afirmar que el vendedor es responsable del resarcimiento del daño en caso de que dolosamente hubiese ocultado la extensión de los bienes al comprador, actuando con engaño sobre el caudal del patrimonio.[395]

C) La aleatoriedad del contrato.

Otro problema actual es el relativo a la aleatoriedad del contrato, que puede manifestarse en razón de la existencia o bien a la cuantía del objeto. Frente al silencio de los códigos modernos que se limitaron a considerar en general la posibilidad de celebrar contratos con objeto futuro, la moderna doctrina posee tesis sólo en cuanto a la aleatoriedad en lo referente a la cuantía.[396] Los autores que consideran la compraventa de herencia como aleatoria, se fundamentan en que el comprador puede ver disminuido el patrimonio que ha comprado, debido a circunstáncias surgidas con posterioridad, como la aparición de nuevas cargas, legados, o la exclusión de bienes de los que se pensaba estaba integrada la herencia. Los autores que le niegan tal carácter, opinan que el alea no es el elemento esencial del sinalagma, ni que forma parte del contenido causal, encontrándose el heredero obligado a garantizar su calidad. En base a la posición de los juristas romanos podríamos considerar como mayormente convincente la segunda opinión, en lo que respecta al monto de la herencia,[397] mientras más difícil es establecer si puedan aplicarse los casos de *emptio spei,* a que corresponden los textos de D.18.4.10, 11 y 13.[398] La atención que la jurisprudencia clásica presta para evitar la violación del principio de la prohibición de los pactos sucesorios parecería implicar una respuesta afirmativa. Perfectamente lícito sería por ejemplo, el caso de que se conviniera vender la herencia de una persona fallecida de la que el vendedor se considerase

como posible heredero en base a determinados indicios, acordando su irresponsabilidad en caso de que careciera de tal derecho. En tal caso, el comprador se encontraría obligado para la devolución del precio siempre y cuando, como manifiesta Gayo, *libro decimo ad edictum provinciale* D.18.4.12, el vendedor no actuase con dolo o mala fe.

A la luz de las consideraciones apenas desarrolladas debe considerarse la cuestión, relevante en el derecho actual, si el vendedor puede solicitar la rescisión por lesión en la compraventa de herencia.[399] La respuesta tiene íntima relación con la opinión sobre la aleatoriedad del presente contrato. Los que manifiestan la postura de que no es aleatorio independientemente de las variaciones que pudieren existir en el objeto, consideran posible la rescisión,[400] mientras se exponen en sentido opuesto los que afirman tal carácter.[401] Dicha cuestión para ser resuelta, debe ser matizada en los siguientes aspectos:

a) si en el contrato el vendedor señaló el monto de la herencia, así como la titularidad de los bienes respondiendo de evicción por un precio determinado, es lógico considerar la posibilidad que existiese una lesión por parte del comprador, en razón de la especificación taxativa del objeto del contrato.

b) Si se celebró una compraventa de esperanza sobre herencia causada no se responderá de lesión, debido a que el objeto es el alea.

c) En materia de venta de coherencia, si el comprador es el coheredero, podríamos considerar inoperante la figura de la lesión, ya que la finalidad del contrato sería consolidar la propiedad en un sólo titular o la obtención de una mayor porción del haber hereditario, independientemente de su monto.[402]

D) La determinación del monto de la herencia.

En la actualidad las partes en la determinación del monto de la herencia, conforme al principio de la libertad contractual, pueden tomar en consideración los momentos identificados por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.1,[403]

que son los siguientes: *a*) el de la muerte del *de cuius; b*) cuando se aceptó la herencia; *c*) cuando la herencia fue vendida.

Si en el contrato no se señala nada al respecto, Ulpiano en base a la frecuente práctica opta por el tercer momento. Entre los códigos modernos únicamente el B.G.B. alemán se ocupa expresamente de la cuestión, haciendo suya la postura del jurista tardoclásico. En el derecho español, a entender de Gullón Ballesteros,[404] se optaría en vez por el momento de la sucesión. Su opinión es deducida de los artículos 1533 y 1534 del código civil y se fundamenta en los siguientes criterios:

1. En la venta de herencia el comprador subentra en las deudas hereditarias, por lo que ha de pagar las ya satisfechas por el vendedor antes de la celebración del contrato de venta.

2.-El comprador ha de pagar los créditos que tenía el heredero contra la herencia en el momento de la apertura de la sucesión, créditos que, por otra parte, se extinguieron como consecuencia de la aceptación de la herencia por su titular.

3.-El vendedor está obligado a reembolsar al comprador el precio que ha obtenido de la enajenación de bienes hereditarios.

4.- Los frutos obtenidos por el vendedor en el espacio que media entre la aceptación y la conclusión del contrato han de ser abonados al comprador.

La opinión de Gullón Ballesteros despierta dudas, porque en realidad tales criterios, en lugar de probar la referencia al momento de la sucesión, son los comunes al derecho romano clásico y al B.G.B, y parecerían corresponder al momento de la venta; es cierto que el vendedor debe entregar los bienes que tuviese al momento de la celebración del negocio, pero también es cierto que deberá incluír el valor de los donados o transmitidos a otras personas anteriormente al acto.

III.2. *En cuanto a la obligacion de entrega del vendedor*

Con referencia al momento acordado, el vendedor tendrá que transmitir la herencia al comprador. El principio formulado por Ulpiano, en que en dicha transmisión deben incluírse el

complejo de los bienes hereditarios y el valor de los donados o enajenados a otros anteriormente, fue aceptado por el código civil francés y es seguido también por los demás códigos civiles.[405]

La entrega se extiende también a los frutos y productos que hubiese recibido el vendedor[406] de acuerdo aún con otro principio de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.4, según el cual el vendedor de la herencia se encuentra obligado a transmitir todo lo que le hubiese llegado por motivo de la misma en cualquier momento.[407] Inspirándose al mismo principio y al de D.18.4.2.3. podría también solucionarse la situación que en caso de que el vendedor se hubiese aprovechado de algún bien de la herencia, debería entregar al comprador su valor. Por lo tanto, si el comprador con posterioridad al contrato se percatara de que el vendedor se hubiese aprovechado de algún bien de la herencia o cobrado algún crédito de la misma sin entregárselo, se encontrará facultado a exigir dicho beneficio. La forma que tiene el comprador de saber la cuantía percibida o cobrada por el vendedor, es mediante una rendición de cuentas, que se exige a la conclusión del contrato o con posterioridad al mismo; esta obligación es expresamente manifestada en el art. 1.698 del código civil francés, pudiendo ser deducida de los demás códigos civiles en la obligación del vendedor del reembolso de los frutos y créditos percibidos.[408] La realización de un inventario como medio de limitación de la responsabilidad se expresa en el B.G.B.[409]

En base a los mismos principios debe solucionarse la hipótesis de donación de algún bien hereditario, teniendo el comprador derecho al valor del mismo.[410] Es interesante la disposición del § 2.375 del B.G.B. alemán, donde se establece que la obligación de indemnización no tiene lugar si el comprador conoce, en el momento de la conclusión de la compraventa, el consumo o la disposición gratuita.

Cabe destacar que los beneficios de la herencia que deberá entregar el heredero al comprador son los efectivamente recibidos en razón de la administración que realizase en su carácter de legítimo propietario, por lo que resultará irrelevante que no

fuese la adecuada y que por lo tanto los beneficios fueren escasos o nulos.

La entrega de la herencia se realizará en el estado en que se encuentra al momento de la venta,[411] por lo que, si algún bien se hubiese perdido, extraviado o dañado por la conducta voluntaria o negligente del heredero anterior a la venta, no responderá, así como tampoco por el caso fortuito o deterioro en razón del uso natural; sin embargo, en el caso de que el bien destruido se transformase en otra cosa, podríamos pensar el vendedor se encontraría obligado a entregar la nueva, como lo estableció Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21, que impone al vendedor la entrega del area en caso de incendio del edificio construído sobre esta.

La obligación de entrega del vendedor incluye también a los créditos recibidos; no obstante, si hubiera cobrado indebidamente un crédito pensando que pertenecía al haber hereditario, podríamos suponer que no se encontraría facultado el comprador a exigir dicha cantidad, valiendo el principio expresado por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.7, ya que no tendría como causa la herencia. Respecto a los créditos todavía no pagados,[412] rige el principio de que el heredero transmite el derecho de cobrarlos sin necesidad de solicitar autorización a los deudores; estos últimos, si recibieran la notificación respectiva sobre la compraventa, deberán pagar al comprador; si no hubiere notificación, se liberarán realizando el pago al heredero, que a su vez deberá entregar al comprador.[413] Si una cosa de la herencia se hubiera perdido por causa de un tercero, el vendedor se liberará transmitiéndo al comprador el crédito respectivo por resarcimiento del daño,[414] porque el vendedor se obligó[415] a ceder, además de los bienes materiales, los derechos relativos a las acciones hereditarias; por lo tanto, las indemnizaciones que hubiere recibido el heredero por daños a los bienes hereditarios por parte de un tercero, corresponderán al comprador, incluyéndose en este concepto las indemnizaciones por expropiación forzosa, o el importe del seguro en caso de siniestro.[416]

a) Los recuerdos de familia y sepulcro familiar.

La doctrina actual[417] está de acuerdo en negar la inclusión en la herencia vendida de recuerdos de familia, papeles, fotografías, cartas que implican un interés afectivo al heredero; dicha aseveración careciendo de precedentes jurisprudenciales romanos, debe ser matizada, puesto que el término "recuerdos de familia" es ambigüo, y prácticamente cualquier bien perteneciente a la herencia podría encuadrarse dentro del mismo. Los papeles familiares, fotografías y cartas podrían tener un gran valor histórico, económico, o inclusive ser la única causa por la que el comprador realizare el contrato, como sucedería en los casos de personas que han destacado en el campo político, artístico, científico o social. En tales hipótesis la solución más convincente y fundamentada sobre el principio que el comprador debe recibir todo lo que corresponde a la herencia a no ser que las partes establezcan lo contrario, consistiría en considerar que todos estos objetos deben ser incluídos por formar parte de la *hereditas*. Al carácter determinante de la voluntad de las partes es orientado en efecto el B.G.B en su §2.373, en donde se establece que los papeles y cuadros de familia en la duda no deben ser convenidos.

Un problema relevante en la actualidad es si el sepulcro familiar debe encuadrarse dentro del haber hereditario. Al respecto una decisión de la jurisprudencia italiana[418] considera que todo acto de cesión sobre tal debe ser declarado nulo; por lo que, en la venta de herencia actual no será posible comprender dicho objeto. El problema es si dicha exclusión tiene validez en caso de venta de cuota hereditaria entre miembros de una misma familia, y tal parecería que tampoco, pensándose que el sepulcro familiar no podría considerarse dentro del haber hereditario.

b) El derecho de acrecimiento

Se discute si el comprador de la herencia en la actualidad tiene derecho al acrecimiento de la parte de un coheredero del cedente que ha renunciado a ésta;[419] la cuestión debe ser resuelta de acuerdo a la intención de las partes, por lo que la respuesta se encontrará en la interpretación que se realice de la propia convención; si el objeto del contrato es la venta de la

mitad del haber hereditario, es lógico pensar que el comprador no podrá conseguir más de la mitad. Ahora bien, en caso de que en el contrato no se señale nada al respecto, la solución podría buscarse en la interpretación del principio de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.4, por la que, como el vendedor se encuentra obligado a transmitir al comprador todo lo que le hubiese llegado en cualquier momento, esto implicará la necesidad de entregar al comprador también los bienes de la otra cuota que se incorporó a la herencia. Y esta es la interpretación aceptada por el código civil chileno en su artículo 1910, al decir que cediéndose una cuota hereditaria se entenderá cederse al mismo tiempo las cuotas hereditarias que por el derecho de acrecer sobrevengan a ella, salvo que se haya estipulado otra cosa; tal normativa podría también extenderse a otros códigos lagunosos en lo referente a tal punto. Diversamente el B.G.B. en su § 2.373 establece lo contrario, en la duda sobre el acuerdo de las partes, el acrecimiento no ha de entenderse como convenido.

Cristobal-Montes[420] discrepa de nuestra postura, diciendo que, como la condición de heredero se mantiene en la persona del vendedor, los incrementos derivados del derecho de acrecer estarán ligados a tal condición y por lo tanto los relativos provechos no pueden funcionar a beneficio del comprador. Sin embargo, resulta difícil compartir tal opinión en base a los principios romanos clásicos. En virtud de éstos la conservación de la condición de heredero por parte del vendedor no sería obstáculo para la transmisión al comprador de los beneficios económicos que se derivan de ésta también en un momento sucesivo a la celebración del contrato.

III.3. *En cuanto al titulo de heredero y sus efectos*

De los textos analizados en los capítulos 3 y 4 de la presente investigación, vimos que el heredero vendedor transmitía la sustancia patrimonial o contenido económico de la herencia, quedando el título de *heres* adscrito permanentemente a su persona[421] en cuanto presupuesto de validez de la venta. Los mismos principios permanecen en el derecho actual,[422] en don-

de dicho título, una vez adquirido, no se puede enajenar ni perder en virtud del principio *semel heres semper heres*[423] haciendo jurídicamente irrealizable el intento eventual de las partes de vender la vocación misma de la herencia, de modo que el vendedor permanezca extraño a la sucesión.

Conformemente en las legislaciones actuales se menciona que el vendedor sólo se encuentra obligado a responder de su calidad de heredero,[424] derivándose como consecuencia que en la mayoría de éstas se considera implícita la exclusión de la responsabilidad por evicción sin necesidad de una norma expresa.[425] Hace excepción el artículo 1532 del código civil español que declara que el vendedor es responsable en caso de evicción del todo o de la mayor parte de la herencia.

La doctrina actual está de acuerdo con este punto[426] e indica entre las razones de dicha excepción el hecho de que el objeto es una *universitas iuris*, compuesta de bienes de los cuales las partes desconocieren la existencia, o bien considerasen erróneamente incluídos en la herencia. También en lo referente a la responsabilidad por evicción, tiene un papel fundamental la voluntad de las partes, siendo su exclusión un simple efecto natural del contrato. Consecuentemente es posible que dentro de las cláusulas se exprese que el vendedor responde por la titularidad de los objetos que forman la herencia asumiendo dicha responsabilidad.[427] En caso de que no se asuma explícitamente, el límite de tal irresponsabilidad es el dolo o la mala fe del vendedor, que señale como caudal del patrimonio hereditario bienes que sepa que no le pertenezcan.

III.4. *En cuanto a las obligaciones del comprador*

Siendo la compraventa de herencia un tipo de la compraventa en general, la obligación principal del comprador radica en el pago del precio. Además de ésta, las legislaciones modernas[428] aceptan el principio romanístico que el comprador está obligado a reembolsarle al vendedor lo que éste hubiera pagado por las deudas y cargas de la herencia.[429] La razón de la mencionada obligación consiste en que el comprador asume la posición patrimonial correspondiente a la del heredero. El vendedor se transforma en un tercero ajeno a los beneficios económicos de la herencia, asumiendo el carácter de acreedor de los gastos pagados en virtud del patrimonio que ya no le pertenece. El criterio básico para fundamentar dicha obligación del comprador consiste en que los gastos hayan sido hechos por motivo de la herencia vendida. En la especulación jurídica moderna así como en la romana se distinguen a tal propósito los diversos tipos de gastos. Los gastos necesarios de conservación, reparación o seguridad, que hubiere realizado el vendedor, podrá reclamarlos al comprador; así como el pago de legados, fideicomisos o cualquier disposición testamentaria que le hubiere ocasionado un desembolso económico. Los gastos de lujo, ornato o comodidad, no ocasionarán reembolso alguno por parte del comprador, puesto que las cosas se venden en el estado en que se encuentran; sin embargo, el vendedor podrá retirar dichas mejoras a no ser que el retiro produzca destrucción, daño o deterioro a los objetos de los que consta la herencia.[430]

En el concepto de gastos, que tienen que ser reembolsados, están incluídos también los efectuados para la obtención de frutos de los bienes hereditarios; piensese en el alquiler de maquinaria, pago a trabajadores o compra de materia prima; todas estas erogaciones deberán ser asumidas por el comprador, a no ser que se hubiere pactado lo contrario. Del mismo modo, si el vendedor hubiere adquirido la maquinaria pagándola con el dinero de la herencia, ésta corresponderá al comprador de la misma; sin embargo, en caso de que no hubiese sido pagada con dicho dinero, y hubiese sido transferida al comprador con el haber hereditario, el mismo obtiene un beneficio por su utilización. En este caso, podríamos considerar que el vendedor tiene la posibilidad de exigirle una remuneración por el uso de la misma, o la posibilidad de hacer una deducción de los frutos que reembolsará al comprador. Los mismos principios se aplican a la asunción de una deuda; por ejemplo, la obtención de un crédito bancario para la producción podrá ser exigida al comprador.

El problema del pago de las deudas hereditarias por parte del comprador se hace patente respecto a los gastos funerarios del *de cuius*.[431] En el silencio de los códigos modernos sobre el

punto, la solución que parecería mejor sería la de considerar aplicable el criterio de Ulpiano, no obstante la oposición de parte de la doctrina,[432] por lo que, si el heredero realizó este tipo de gastos, al tener el carácter de deudas hereditarias podrán ser exigidos al comprador.[433]

Otro punto en donde en la actualidad podría seguirse el criterio de los juristas clásicos[434] concierne a los impuestos de la herencia pagados por el heredero, que podrán demandarse al comprador, en virtud de tener el carácter de cargas hereditarias. Esta es en efecto la posición del BGB alemán en su § 2.379, siendo el único código que regula expresamente la cuestión.

El comprador de la herencia en base al contrato se obliga con el vendedor a realizar los pagos de las deudas en caso de que todavía no hubieren sido satisfechos, o que con posterioridad se conociere la existencia de ellos; dicho acuerdo tiene efectos internos y no afecta a los acreedores, que seguirán conservando la garantía de la responsabilidad del heredero, ocasionando que, si este último realizara el pago, podrá exigir el monto al comprador, con tal que no se hubiere pactado lo contrario.[435]

Del principio que el comprador llega a encontrarse en la misma situación económica del heredero, algunos códigos actuales hacen derivar la consecuencia que el mismo adquiere también la limitación de la responsabilidad frente a terceros, de que gozaba el vendedor,[436] como en el caso de aceptación de la herencia con beneficio de inventario.[437] Otra consecuencia, que resulta del mismo principio, radica en que el comprador está obligado frente a los deudores a respetar las condiciones y términos de los convenios celebrados entre el *de cuius* y estos últimos. Si el heredero hubiere otorgado a los deudores un plazo mayor o condiciones más ventajosas para el pago, el comprador no podrá modificar estos convenios a no ser que exista acuerdo con los deudores.

III.5. *En cuanto a la confusión*

De los textos clásicos hemos podido observar los efectos de la compraventa de herencia sobre las relaciones obligatorias confundidas por sucesión del vendedor a un deudor o acreedor propio, o bien del difunto;[438] la obligación extinta novándose se hace exigible, según los casos, al vendedor o al comprador en virtud de que este último se encuentra *loco heredis*. Los mismos efectos se producen respecto a las servidumbres prediales, confundidas por sucesión del propietario del fundo dominante al del sirviente.[439] Entre los códigos vigentes el único que prevee estas situaciones conservando los mismos criterios de solución es el B.G.B, que en su § 2.377 expresamente establece que, las relaciones jurídicas extinguidas a consecuencia de la muerte del causante, por confusión de derecho y obligación o de derecho y gravamen, valen como no extinguidas en la relación entre el comprador y el vendedor. En caso necesario deberá por lo tanto de reconstituírse la relación jurídica. En los códigos de los países del sistema romanístico actual donde no se expresan táles principios podríamos considerar colmable la laguna con la aplicación de los mismos.

III.6. *El derecho de prelación*

En la actualidad, al realizarse la venta de cuota hereditaria, existe la obligación por parte del vendedor de respetar el derecho de prelación de los otros coherederos. Dicho principio no encuentra su origen en el derecho romano; no obstante, la mención de adquisiciones de cuotas hereditarias entre coherederos hace pensar que este fuese un frecuente campo de aplicación. Su codificación es por lo tanto, una característica de la venta de herencia en el sistema romanístico moderno en donde llega a asumir una posición de gran importancia que justifica la atención que le otorgan los códigos, la doctrina y la jurisprudencia moderna. Su fundamentación se encuentra en el código civil francés en el artículo 841, y después fue asimilada en las codificaciones latinoaméricanas.[440]

El derecho de prelación en la venta de cuota hereditaria es la facultad de los coherederos de ser preferidos frente al extraño, que tiene intención de adquirir la cuota hereditaria del oferente en las mismas condiciones de este.[441] Constituye la derogación al principio general de la libertad y de la autonomía negocial, así como de la libre circulación de los bienes por el sólo fin de asegurar la persistencia y la eventual concentración de la titularidad de los bienes hereditarios en cabeza de los primeros sucesores.

El código civil para el D.F. (México) en su artículo 1292, por ejemplo, dispone que el coheredero que tiene intención de enajenar a un extraño, se encuentra obligado a notificar dicha propuesta a los demás coherederos; mencionando los requisitos de tal notificación, la cual podrá realizarse por via judicial, notarial o por medio de dos testigos con la finalidad de probar el cumplimiento de la misma. El contenido de la propuesta deberá señalar el precio como elemento principal, así como las condiciones contractuales a las que está dispuesto a aceptar el tercero.[442]

Los coherederos tienen un *spatium deliberandi*[443] para aceptar o rechazar la propuesta; en caso de silencio por parte de ellos deberá entenderse como rechazada y por lo tanto el policitante tendrá la posibilidad de concretar la venta con el tercero extraño. En caso de que dos o más coherederos quisieren hacer uso del derecho del tanto, la cuota será asignada a todos en partes iguales;[444] o bien, según otros criteros.[445]

La ausencia de la notificación o la nulidad de la misma, ocasiona la posibilidad por parte de los coherederos de exigir el retracto de la compraventa realizada con el tercero adquirente.[446]

El derecho de prelación únicamente se podrá ejercitar en caso de que la venta se hubiere realizado con un extraño a la comunidad hereditaria, por lo que en caso de que se hubiere contratado con cualquier coheredero sin conocimiento de los demás, el acto tendrá plena eficacia jurídica.[447]

El derecho de prelación existe mientras dura el estado de comunidad, por lo que, una vez realizada la división, el heredero tiene plena libertad de decidir con quien realizar la venta de

su porción hereditaria. Sin embargo, el plazo de prescripción de la acción de rescate en caso de haberse realizado la venta durante el estado de comunión es de diez años, que es el plazo que la ley señala para la prescripción general de la acción.[448]

III.7 *En cuanto a la forma, formacion e interpretacion del contrato*

En la compraventa de herencia clásica expusimos el papel fundamental que llegó a asumir el contrato consensual entre las partes, terminando por absorver las originarias *stipulationes emptae et venditae hereditatis* (cap. 1 § VI) . En las legislaciones actuales,[449] no obstante el contrato continúa conservando su carácter consensual, se impone la forma escrita o la escritura pública bajo pena de nulidad, situación que deriva de la problemática jurídica que entraña la realización del contrato.

A la luz de la disciplina jurídica de la institución en el derecho romano, podemos determinar los puntos que las partes en la actualidad deben tomar en consideración al celebrar el contrato:

a)La herencia que se vende.-El objeto podrá ser la totalidad o una parte de la herencia; si existen coherederos las partes deben tomar en consideración los derechos preferenciales de los demás coherederos, realizándose el procedimiento que establezcan las disposiciones que sobre la materia existan en las legislaciones nacionales correspondientes.[450]

b)Que la herencia objeto del contrato sea de una persona fallecida.-La falta de este requisito ocasionará la inexistencia del acto debiendo el comprador percatarse de la muerte del *de cuius* mediante el acta de defunción correspondiente o con la sentencia de declaración de muerte presunta.

c)Que se quiere vender.- La herencia de la cual el vendedor es heredero, o la espectativa de herencia que él pudiere tener. En el primer caso será necesario apreciar el nombramiento de heredero en el testamento, en caso de sucesión legitima indicar la relación de parentesco mediante acta de nacimiento o en caso del cónyuge con acta de matrimonio. En el segundo caso

senalar las causas por las que se considera la presunción de la existencia de la expectativa.

d)La determinación del alcance del concepto *hereditas*.-Será conveniente la manifestación referente a si se realiza la venta de activos hereditarios únicamente, o si las deudas serán pagadas por el comprador. Así también, la realización de un inventario en el que las partes determinen si constituye *numerus clausus* o abiertos, con la finalidad de saber a quien le corresponderán los activos y pago de las deudas que con posterioridad se conocieren.

e) El momento de la determinación del monto de la herencia.

f) La correspondencia de los frutos.

g) Si existieren bienes vendidos o donados por el vendedor antes de la venta, determinar si el precio o el valor de los bienes será pagado por éste.

h) La responsabilidad por evicción.

i) Los efectos sobre la confusión de obligaciones o gravámenes.

j)Si el comprador tendrá derecho al acrecimiento de la parte de un coheredero del cedente que ha renunciado a ésta.

k)Si el comprador estará obligado al reembolso de los pagos realizados por el vendedor en virtud de la herencia y si tendrá que pagar los gastos funerarios del *de cuius*.

El silencio de alguno de los puntos en el contrato ocasionará, de acuerdo con los principios generales del derecho, la siguiente interpretación:

I. Si no se señaló la porción de la herencia que se vende, deberá entenderse la totalidad de ella en caso de que el vendedor sea el único heredero, y si tuviese una porción deberá entenderse la totalidad de ella. Si se hubiese hecho caso omiso a las disposiciones que en materia de derechos preferenciales existen, se corre el riesgo de que los coherederos afectados soliciten la nulidad del acto.II. Si no se señaló que se vende la espectativa de herencia de determinada persona fallecida, deberá entenderse que el vendedor es responsable de la inexistencia del

objeto y que por lo tanto el comprador tendrá derecho a la devolución del precio pagado y a los daños.

IV. La ausencia del inventario de los bienes de la herencia no es obstáculo para la validez del contrato; si no se mencionó a quien le corresponderán los activos que con posterioridad se conocieren, se entenderá que corresponden al comprador. Si no se mencionó quién pagará las deudas hereditarias, se entenderá que corresponderán al comprador.

V. Si no se menciona el momento de la determinación del monto de la herencia, deberá entenderse el momento de venta, y si no se hizo mención al estado en que se entregarán los bienes, deberá entenderse el estado en que se encontraban al momento de la celebración del contrato.

VI. Si no se señaló a quien corresponden los frutos, deberá entenderse que le corresponden al comprador.

VII. Si el vendedor hubiere realizado donaciones o ventas de bienes comprendidos dentro del haber hereditario antes de la venta de herencia, y en el contrato no se hizo mención de esto, deberá entenderse que el vendedor deberá reembolsar el precio o el valor de los mismos.

VIII. Si no se hizo mención expresa de la responsabilidad por evicción por parte del vendedor de los bienes que sean considerados como comprendidos en el haber hereditario, deberá entenderse su irresponsabilidad.

IX. Si no se hizo mención en lo referente a las obligaciones o servidumbres extintas por confusión, se entenderá que tales obligaciones o servidumbres podrán ser de nuevo exigidas.

X. Si no se dijo nada en lo referente al acrecimiento, se entenderá que dicho acrecimiento corresponderá al comprador, siempre y cuando no se hubiera hecho mención en el contrato el porcentaje de herencia que se vende.

XI. Si no se mencionó que el comprador estará obligado al reembolso de los pagos realizados por el vendedor, se deberá entender en sentido afirmativo. Si tampoco se hizo mención de los gastos funerarios, deberá entenderse que estos deberán ser reembolsados por el comprador.

APÉNDICE
DE HEREDITATE VEL ACTIONE VENDITA
DE LA VENTA DE LA HERENCIA O DE LA ACCIÓN
VERSIÓN PROPIA DEL DIGESTO, LIBRO 18, TÍTULO 4.

18.4.1.

Pomponius libro nono ad Sabinum

Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit.

18.4.1.

Pomponio en el libro noveno a Sabino

Si haya vendido la herencia de aquel, que vive o que no existe, no hay nada de hecho porque no existe en la naturaleza de las cosas, lo que haya vendido.

18.4.2.pr.

Ulpianus libro quadragensimo nono ad Sabinum

Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet, cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat quam apud heredem futurum esset: plane de facto suo venditor satisdare cogendus est.

18.4.2.pr.

Ulpiano en el libro cuadragésimo noveno a Sabino

El vendedor de la herencia no debe prometer la evicción, puesto que entre el comprador y el vendedor se hace, que el comprador no tenga ni mayor, ni menor derecho que tomaría el heredero: claramente debe el vendedor estar constreñido a prometer por el hecho suyo.

18.4.2.1.

In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit cum aditur hereditas, an ea quae fuit cum hereditas venumdatur, videndum erit. et verius est hoc esse servandum quod actum est: plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus quo venditio fit, id videatur venisse.

18.4.2.1.

En una herencia vendida debe observarse la cantidad que hubo en el momento de la muerte, o aquella, que hubo cuando se aceptó la herencia, o aquella que hubo cuando la herencia fue vendida. Y es más verdadero que se observe lo que se ha hecho, pero generalmente resulta que se ha hecho esto, que lo que llegó de la herencia en el momento en que se celebra la venta, esto resulta vendido.

18.4.2.2.

Illud potest quaeri, si etiam impuberi sit substitutus is qui vendidit hereditatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hereditate ad eum qui vendidit hereditatem pervenit, ex empto actioni locum faciat. et magis est, ne veniat, quia alia hereditas est: licet enim unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est. plane si hoc actum sit, dicendum erit etiam impuberis hereditatem in venditionem venire, maxime si iam delata impuberis hereditate venierit hereditas.

18.4.2.2.

Aquello puede preguntarse, si aquél que vendió la herencia del testador sea el sustituto también a un impúber, si tenga lugar la acción de compra también respecto a lo que al vendedor llegó de la herencia del impúber. Y es mejor, que no sea vendida, porque es otra herencia: aunque en efecto el testamento sea uno, sin embargo son distintas una y otra herencia. Evidentemente si esto ha sido hecho, deberá decirse que también la herencia del impúber viene incluída en la venta, sobretodo si la herencia se haya vendido cuando ya la del impúber se hubiera deferido.

18.4.2.3.

Pervenisse ad venditorem hereditatis quomodo videatur, quaeritur. et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum pervenisse, quatenus mandare potest earum rerum persecutionem actionesque tribuere: enimvero ubi corpora nactus est vel debita exegit, plenius ad eum videri pervenisse, sed et si rerum venditarum ante hereditatem venditam pretia fuerit consecutus, pa-

lam est ad eum pretia rerum pervenisse. illud tenendum est cum effectu videri pervenisse, non prima ratione: idcirco quod legatorum nomine quis praestitit, non videtur ad eum pervenisse: sed et si quid aeris alieni est vel cuius alterius oneris hereditarii, pervenisse merito negabitur, sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit.

18.4.2.3.

Es preguntado de que modo resulte que algo ha llegado al vendedor de la herencia. Y yo pienso que, ciertamente antes que el vendedor hubiera conseguido las cosas corporales hereditarias, resulte que ya llegaron a él en el límite en que pueda mandar el ejercicio de la persecución de estas cosas y ceder las acciones; en verdad cuando ha tomado posesión de las cosas o exigido las deudas, resultará que llegaron a él más plenamente, empero también si hubiera conseguido el precio de las cosas vendidas antes de la venta de herencia, es evidente que los precios de las cosas llegaron a él. Es necesario que resulte que esto llegó a él con eficacia definitiva, no en base a un primer cálculo (aparente): por esto lo que alguno haya prestado como legado no resulta que haya llegado a él: empero también si hay dinero ajeno o bien otro gravamen hereditario, se negará con mérito que llegó a él, empero una razón de equidad exige que se entreguen también los precios de las cosas hereditarias donadas (por el vendedor) antes de la venta.

18.4.2.4.

Non tantum autem quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed et quod ad heredem eius ex hereditate pervenit, emptori restituendum est: et non solum quod iam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, restituendum est.

18.4.2.4.

No solo lo que llegó al vendedor de la herencia, sino también lo que llegó a su heredero de esta herencia, debe ser restablecido al comprador: y no solamente lo que ya llegó a él, empero también lo que en cualquier tiempo habrá llegado, debe ser restablecido.

18.4.2.5.

Sed et si quid dolo malo eorum factum est, quo minus ad eos perveniat, et hoc emptori praestandum est: fecisse autem dolo

malo quo minus perveniat videtur, sive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit, vel id egit dolo malo, ne de hereditate adquireretur vel ne possessionem adipisceretur quam posset adipisci. sed et si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur: deperdita autem et deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur.

18.4.2.5.

Pero también si algo es hecho con dolo malo de éstos, a que cualquier cosa no llegara a ellos mismos, también ésto debe ser prestado al comprador: resulta haber hecho con dolo malo a que no adquiera, o si ha enajenado alguna cosa, o también ha liberado a un deudor mediante *acceptilatio*, o ha hecho con dolo malo para que no se adquiera algo de la herencia, o no se tomara la posesión que podía obtenerse. Empero también si hubiera hecho algo no con dolo malo sino con culpa lata, en todo caso será obligado: las pérdidas y disminuciones sin dolo malo del vendedor no serán prestadas.

18.4.2.6.

Illud quaesitum est, an venditor hereditatis ob debitum a filio suo qui in potestate eius esset servove ei, cuius hereditatem vendidisset, praestare debeat emptori. et visum est, quidquid dumtaxat de peculio filii servive aut in suam rem versum inveniatur, praestare eum debere.

18.4.2.6.

Aquello es preguntado, si un vendedor de la herencia debe prestar al comprador la deuda que su hijo que estaba en potestad o un esclavo debía a aquél cuya herencia hubiere vendido. Y ha resultado que debe prestar, solamente de lo que se encuentra en el peculio del hijo o del esclavo o lo que fue revertido en su patrimonio.

18.4.2.7.

Solet quaeri, an et, si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, emptori restituere id debeat. et est apud Iulianum haec quaestio tractata libro sexto digestorum et ait, quod non debitur exegerit, retinere heredem et quod non debitum solverit, non reputare: nam hoc servari, ut heres emptori non praestet quod non debitum exegerit, neque ab eo consequatur quod non debitum praestiterit, si autem condemnatus praestiterit, hoc so-

lum heredi sufficit esse eum condemnatum sine dolo malo suo, etiamsi maxime creditor non fuerit is cui condemnatus est heres: quae sententia mihi placet.

18.4.2.7.

Suele preguntarse, si cualquier lucro el vendedor haya percibido en ocasión de la herencia, también esto debe ser restablecido al comprador. Y esta pregunta es tratada por Juliano en el libro sexto de los digestos y dice, que retiene el heredero lo cobrado indebidamente y que lo pagado indebidamente, no se le exija: en efecto que se debe observar esto, que el heredero no preste al comprador aquello que haya exigido que no era debido, ni (el comprador) consiga de aquel (el heredero) lo que haya prestado que no era debido, si en vez lo haya prestado porque fue condenado, basta para el heredero sólo ésto que haya sido condenado sin su dolo malo, también si sobretodo el acreedor no era la persona respecto a la que fue condenado el heredero. Esta opinión me agrada.

18.4.2.8.

Non solum autem hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes quas ipse heres constituit dicendum erit praestari emptori debere: itaque et si fideiussorem acceperit ab hereditario debitore, ipsam actionem quam habet heres praestare emptori debebit: sed et si novaverit vel in iudicium deduxerit actionem, praestare debebit hanc ipsam actionem quam nactus est.

18.4.2.8.

Se deberá decir que deben ser prestadas al comprador no solo las acciones hereditarias, sino también aquellas obligaciones que el mismo heredero ha constituído: por esto también si haya aceptado (el heredero) un fiador de un deudor hereditario, esta misma acción la cual tenga el heredero deberá prestarla al comprador: pero también si haya novado o bien haya deducido en juicio una acción deberá prestar esta misma acción la cual haya adquirido.

18.4.2.9.

Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.

18.4.2.9.

Así como todo lucro concierne al comprador de la herencia, de este modo también al mismo debe de concernerle el daño.

18.4.2.10.

Denique si rem hereditariam heres vendiderit ac per hoc fuerit condemnatus, non habet contra emptorem actionem,quia non ideo condemnatur, quod heres esset, sed quod vendiderit. sed si pretium rei distractae emptori hereditatis dedit, videamus, an locus sit ex vendito actioni: et putem esse.

18.4.2.10.

En fin si el heredero haya vendido una cosa hereditaria y por esto hubiera sido condenado, no tiene acción contra el comprador, porque no es condenado por la razón de ser heredero, sino porque ha vendido. Pero si ha dado el precio de la cosa vendida al comprador de la herencia, veamos, si tiene lugar la acción de venta: y pensaría que tiene lugar.

18.4.2.11.

Sive ipse venditor dederit aliquid pro hereditate sive procurator eius sive alius quis pro eo, dum negotium eius gerit, locus erit ex vendito actioni, dummodo aliquid absit venditori hereditatis: ceterum si nihil absit venditori, consequens erit dicere non competere ei actionem.

18.4.2.11.

Si el mismo vendedor, o si su procurador, o si algún otro por éste (el vendedor) mientras gestiona su negocio, haya dado algo por la herencia, tendrá lugar la acción de venta, a condición que haya sufrido una perdida el vendedor de la herencia: al contrario, si nada falte al vendedor, será consecuente decir que no le compete la acción.

18.4.2.12.

Apud Iulianum scriptum est, si venditor hereditatis exceperit servum sine peculio et eius nomine cum eo fuerit actum de peculio et in rem verso, id dumtaxat eum consequi, quod praesiterit eius peculii nomine quod emptorem sequi debeat, aut quod in rem defuncti versum est: his enim casibus aes alienum emptoris solvit, ex ceteris causis suo nomine condemnetur.

18.4.2.12.

En Juliano está escrito que, si el vendedor de la herencia haya exceptuado un esclavo sin el peculio y por causa de éste se haya ejercitado contra él la acción de peculio y de *in rem verso*, él consigue solamente lo que hubiere dado por el peculio del esclavo que debe pertenecer al comprador o por lo que ha sido revertido en el patrimonio del difunto: en efecto en estos casos ha pagado una deuda del comprador, en todas las otras causas será condenado en su nombre.

18.4.2.13.

Quid ergo si servum cum peculio exceperit venditor hereditatis conventusque de peculio praestitit? Marcellus libro sexto digestorum non repetere eum scripsit, si modo hoc actum est, ut, quod superfuisset ex peculio, hoc haberet: at si contra actum est, recte repetere eum posse ait: si vero nihil expressim inter eos convenit, sed tantummodo peculii mentio facta est, cessare ex vendito actionem constat.

18.4.2.13.

¿Que pasa si el vendedor de la herencia haya exceptuado un esclavo con peculio y al ser convenido por la (acción) de peculio ha pagado? Marcelo en el libro sexto de los digestos ha escrito que él no puede repetir, a condición que se haya hecho esto, que, él tenga lo que hubiera quedado del peculio: pero si se haya hecho lo contrario, dice que él puede justamente repetir: si en verdad nada se conviene entre ellos expresamente, sino solamente ha sido hecha mención del peculio, consta que cesa la acción de venta.

18.4.2.14.

Si venditor hereditatis aedes sibi exceperit, quarum nomine damni infecti promissum fuerat, interest, quid acti sit: nam si ita excepit, ut damni quoque infecti stipulationis onus sustineret, nihil ab emptore consequeretur: si vero id actum erit, ut emptor hoc aes alienum exsolveret, ad illum onus stipulationis pertinebit: si non apparebit quid acti sit, verisimile erit id actum, ut eius quidem damni nomine, quod ante venditionem datum fuerit, onus ad emptorem, alterius temporis ad heredem pertineat.

18.4.2.14.

Si el vendedor de la herencia haya exceptuado para sí unas casas, de las cuales fuera prometido (indemnizar) por daño temido, interesa, que cosa se haya hecho: en efecto si ha exceptuado de manera, que sostendría también la carga de la estipulación de daño temido, nada conseguirá del comprador: si al contrario habría sido hecho, que el comprador pagaría esta deuda, a él le pertenecerá la carga de la estipulación: si no parecerá que se haya hecho, verosímil será que se haya hecho, que la carga de aquel daño que ha sido dado antes de la venta, pertenezca al comprador, de aquel causado en otro tiempo al heredero.

18.4.2.15.

Si Titius Maevi hereditatem Seio vendiderit et a Seio heres institutus eam hereditatem Attio vendiderit, an ex priore venditione hereditatis cum Attio agi possit? et ait Iulianus: quod venditor hereditatis petere a quolibet extraneo herede potuisset, id ab hereditatis emptore consequatur: et certe si Seio alius heres exstitisset, quidquid venditor Maevianae hereditatis nomine praestitisset, id ex vendito actione consequi ab eo potuisset: nam et si duplam hominis a Seio stipulatus fuissem et ei heres exstitissem eamque hereditatem Titio vendidissem, evicto homine rem a Titio servarem.

18.4.2.15.

Si Ticio haya vendido la herencia de Mevio a Seyo, e instituído heredero por Seyo haya vendido esta herencia a Atio. ¿Se podrá ejercitar la acción contra Atio en base a la primera venta de la herencia? Y dice Juliano: lo que el vendedor de la herencia hubiera podido pedir a cualquier extraño heredero, podrá conseguirlo esto del comprador de la herencia: y ciertamente si hubiera habido otro heredero a Seyo, cualquier cosa el vendedor hubiera prestado a causa de la herencia Meviana, esta cosa hubiera podido conseguir de él por la acción de venta: en efecto también si yo me hubiera hecho estipular de Seyo el doble (del precio) del esclavo y hubiera quedado como heredero a él y hubiera vendido aquella herencia a Ticio, evicto el esclavo habré de conseguir de Ticio una indemnizaciòn.

18.4.2.16.

Si quid publici vectigalis nomine praestiterit venditor hereditatis, consequens erit dicere agnoscere emptorem et hoc debere: namque hereditaria onera etiam haec sunt. et si forte tributorum nomine aliquid dependat, idem erit dicendum.

18.4.2.16.

Si el vendedor de la herencia haya pagado algo en concepto de vectigal público, será consecuente decir que el comprador reconoce esto y lo debe: en efecto también estos son gravámenes hereditarios. También si (el vendedor) pague algo en concepto de tributo, lo mismo deberá decirse.

18.4.2.17.

Quod si funere facto heres vendidisset hereditatem, an impensam funeris ab emptore consequatur? et ait Labeo emptorem impensam funeris praestare debere, quia et ea, inquit, impensa hereditaria esset: cuius sententiam et Iavolenus putat veram et ego arbitror.

18.4.2.17.

Si el heredero hubiera vendido la herencia hecho el funeral. ¿Puede conseguir del comprador los gastos del funeral? Y dice Labeón que el comprador debe prestar los gastos del funeral, porque dice que estos también son gastos hereditarios: cuya opinión también Javoleno piensa que sea verdadera y yo estimo lo mismo.

18.4.2.18

Cum quis debitori suo heres exstitit, confusione creditor esse desinit: sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis optinere et idcirco teneri venditori hereditatis, sive cum moritur testator debuit(quamvis post mortem debere desiit adita a venditore hereditate) sive quid in diem debeatur sive sub condicione et postea condicio exstitisset, ita tamen, si eius debiti adversus heredem actio esse poterat, ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum herede actio non est, cum emptore agatur.

18.4.2.18

Cuando uno ha quedado como heredero a su deudor, deja de ser acreedor por la confusión: pero si ha vendido la herencia, resulta muy equitativo que el comprador de la herencia obtenga la posición de heredero y que por esto sea obligado al vendedor de la herencia, sea que el testador cuando ha muerto debía (aunque después la muerte ha cesado de deber, al ser la herencia adida por el vendedor) sea que algo es debido en término o bajo condición y después se hubiera cumplido la condición, así sin embargo, si podía ejercitarse una acción de aquel deuda contra el heredero, a fin que no se ejercite una acción contra el comprador también por estas causas, por las cuales no hay acción contra el heredero.

18.4.2.19

Et si servitutes amisit heres institutus adita hereditate, ex vendito poterit experiri adversus emptorem, ut servitutes ei restituantur.

18.4.2.19

Y si el heredero instituído ha perdido las servidumbres al ser aceptada la herencia, podrá ejercitar contra el comprador la acción de venta, para que las servidumbres le sean restituídas.

18.4.2.20

Sed et si quid venditor nondum praestiterit, sed quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem, nihilo minus agere potest cum emptore.

18.4.2.20

Pero también si el vendedor todavía no haya pagado algo, pero haya sido obligado en cualquier título a causa de la herencia, puede nada menos que ejercitar (la acción) contra el comprador.

18.4.3 *Pomponius libro vicensimo septimo ad Sabinum*

Si venditor hereditatis exactam pecuniam sine dolo malo et culpa perdidisset, non placet eum emptori teneri.

18.4.3 Pomponio en el libro vigésimo séptimo a Sabino

Si el vendedor de la herencia hubiera perdido sin dolo malo y culpa el dinero exigido, no se establece que él esté obligado al comprador.

18.4.4 *Ulpianus libro trigensimo secundo ad edictum*

Si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenit,

18.4.4. Ulpiano en el libro trigésimo segundo al edicto

Si un crédito fue vendido, Celso en el libro nueve de los digestos escribe que no se debe prestar de que el deudor es solvente, sino que prestar de que hay deudor, si no se conviene otra cosa,

18.4.5. *Paulus libro trigensimo tertio ad edictum*

et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit. sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor: si incertae et nihil debeat, quanti intersit emptoris.

18.4.5. Paulo en el libro trigésimo tercero al edicto

y ciertamente sin excepción también, a menos que se haya hecho lo contrario. Pero si se hubiese declarado que el deudor lo era de cierta suma, en aquella suma está obligado el vendedor: si incierta y nada debe, en cuanto es el interés del comprador.

18.4.6. *Idem libro quinto quaestionum*

Emptori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet eius quoque, quod postea venditor accepit: nam beneficium venditoris prodest emptori.

18.4.6. El mismo en el libro quinto de las cuestiones

Al comprador de un crédito debe ser prestada también la persecución de la prenda también de la (prenda), que posteriormente el vendedor ha aceptado: en efecto el beneficio del vendedor le es útil al comprador.

18.4.7. *Idem libro quarto decimo ad Plautium*

Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur.

18.4.7. El mismo en el libro decimo cuarto a Plauto

Cuando alguien ha vendido la herencia, debe haber herencia, para que haya compra: y en efecto no se compra el alea, como en la caza y similares, sino la cosa: esta si no existe, no se contrae la compra y por lo tanto el precio puede ser pedido con la *condictio*.

18.4.8. *Iavolenus libro secundo ex Plautio*

Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore consequatur

18.4.8. Javoleno en el libro segundo a Plauto

Que si ninguna herencia ha tocado al vendedor, será necesario distinguir, cuanto debe prestar al comprador, de tal manera que, si hay alguna herencia, pero no pertenece al vendedor, la misma sea valuada, si no hay ninguna, sobre la cual resulte haberse hecho, el comprador puede conseguir del vendedor el precio solamente y lo que haya gastado en aquella cosa

18.4.9. *Paulus libro trigesimo tertio ad edictum*

et si quid emptoris interest.

18.4.9. Paulo en el libro trigésimo tercero al edicto

y lo que corresponde al interés del comprador.

18.4.10. *Iavolenus libro secundo ex Plautio*

Quod si in venditione hereditatis id actum est, si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestitu iri: quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil tamen eo praestabitur quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret.

18.4.10. Javoleno en el libro segundo a Plauto

Que si en la venta de herencia se ha hecho esto, que si hay algún derecho lo del cual tuviese derecho el vendedor, sea vendido ni después algo será prestado: aunque la herencia no habrá pertenecido al vendedor, sin embargo nada será prestado por este porque es manifiesto que se ha hecho esto, que como la ganancia del negocio así el peligro correspondería al comprador.

18.4.11. *Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum*

Nam hoc modo admittitur esse venditionem "si qua sit hereditas, est tibi empta", et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus.

18.4.11. Ulpiano en el libro trigésimo segundo al edicto

En efecto en este modo se admite que hay venta "si hay alguna herencia, ha sido comprada para tí", como casi una esperanza de herencia: en efecto que sea vendida la incertidumbre de la cosa, como en una redada.

18.4.12. *Gaius libro decimo ad edictum provinciale*

Hoc autem sic intellegendum est, nisi sciens ad se non pertinere ita vendiderit: nam tunc ex dolo tenebitur.

18.4.12. Gayo en el libro décimo al edicto provincial

Esto debe entenderse así, a no ser que lo haya vendido sabiendo que no le pertenecía: en efecto en tal caso será obligado por dolo.

18.4.13. *Paulus libro quarto decimo ad Plautium*

Quod si sit hereditas et si non ita convenit, ut quidquid iuris haberet venditor emptor haberet, tunc heredem se esse praestare debet: illo vero adiecto liberatur venditor, si ad eum hereditas non pertineat.

18.4.13. Paulo en el libro decimo cuarto a Plauto

Que si hay herencia y si no se ha convenido de tal modo, que cualquier derecho tuviera el vendedor el comprador lo tendría, entonces debe prestar que él es el heredero: empero si se ha añadido esto el vendedor será liberado, si a este no pertenece la herencia.

18.4.14.pr. *Idem libro trigesimo tertio ad edictum*

Qui filii familias nomina vendidit, actiones quoque quas cum patre habet praestare debet.

18.4.14.pr. El mismo en el libro trigésimo tercero al edicto

Quien ha vendido los créditos de un hijo de familia, debe prestar también las acciones que tiene contra el padre.

18.4.14.1.

Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet: quanta autem hereditas est, nihil interest,

18.4.14.1.

Si una herencia ha sido vendida, el vendedor debe transmitir las cosas hereditarias: nada interesa sin embargo, cuanto es la herencia,

18.4.15. *Gaius libro decimo ad edictum provinciale*

nisi de substantia eius adfirmaverit.

18.4.15. Gayo en el libro décimo al edicto provincial

a no ser que se haya afirmado sobre la substancia de esta.

18.4.16. *Paulus libro trigesimo tertio ad edictum*

Si quasi heres vendideris hereditatem, cum tibi ex senatus consulto Trebelliano restituta esset hereditas, quanti emptoris intersit teneberis.

18.4.16. Paulo en el libro trigésimo tercero al edicto

Si has vendido la herencia como heredero, habiendo sido restituída a tí la herencia en base al Senadoconsulto Trebeliano, serás obligado a cuanto es el interés del comprador.

18.4.17. *Ulpianus libro quadragesimo tertio ad edictum*

Nomina eorum, qui sub condicione vel in diem debent, et emere et vendere solemus: ea enim res est, quae emi et venire potest.

18.4.17. Ulpiano en el libro cuadragésimo tercero al edicto

Solemos y comprar y vender los créditos de aquellos, que bajo condición o bien en término deben: en efecto aquella es cosa que puede ser comprada y vendida.

18.4.18. *Iulianus libro quinto decimo digestorum*

Si ex pluribus heredibus unus, antequam ceteri adirent hereditatem pecuniam, quae sub poena debebatur a testatore, omnem solverit et hereditatem vendiderit nec a coheredibus suis propter egestatem eorum quicquam servare poterit, cum emptore hereditatis vel ex stipulatu vel ex vendito recte experietur: omnem enim pecuniam hereditario nomine datam eo manifestius est, quod in iudicio familiae erciscundae deducitur, per quod nihil amplius unusquisque a coheredibus suis consequi potest, quam quod tamquam heres impenderit.

18.4.18. Juliano en el libro decimoquinto de los digestos

Si uno de varios herederos, antes de que los otros aceptaran la herencia, ha pagado todo el dinero, que bajo pena era debido por el testador, y ha vendido la herencia ni ha podido conseguir nada de sus coherederos por la insolvencia de ellos, rectamente ejercitará con el comprador de la herencia o bien la acción de la *stipulatio* o bien de la venta: en efecto es alcuanto manifiesto que todo el dinero ha sido dado a título hereditario, porque se deduce en el juicio de *familiae erciscundae*, por el

cuál cada uno no puede conseguir nada más a sus coherederos, que lo que como heredero haya pagado.

18.4.19. *Idem libro vicesimo quinto digestorum*

Multum interest, sub condicione aliqua obligatio veneat an, cum ipsa obligatio sub condicione sit, pure veneat. priore casu deficiente condicione nullam esse venditionem, posteriore statim venditionem consistere: nam si Titius tibi decem sub condicione debeat et ego abs te nomen eius emam, confestim ex empto vendito agere potero, ut acceptum ei facias.

18.4.19. El mismo en el libro vigésimoquinto de los digestos

Mucho interesa, si alguna obligación se venda bajo condición o, siendo la misma obligación bajo condición, se venda como pura. En el primer caso por la condición deficiente es nula la venta, en el segundo inmediatamente existe la venta: en efecto si Ticio te deba diez bajo condición y yo compro de tí su crédito, subitamente podré ejercitar por la acción de compraventa, para que le canceles la deuda.

18.4.20.pr. *Africanus libro septimo quaestionum*

Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris ac post debitori eiusdem heres existas, actione ex empto teneberis.

18.4.20.pr. Africano en el libro séptimo de las cuestiones

Si tu has vendido a mí la herencia de Lucio Ticio y después seas heredero al deudor del mismo, serás obligado con la acción de compra.

18.4.20.1.

Quod simplicius etiam in illa propositione procedit, cum quis ipse creditori suo heres exstitit et hereditatem vendidit.

18.4.20.1.

Y también se incurre al cuanto simplemente en aquella proposición, cuando alguien mismo ha sido constituído heredero a su acreedor y ha vendido la herencia.

18.4.21 *Paulus libro sexto decimo quaestionum*

Venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit: quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat: nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et pretium debeat. et quidem si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus pretium in stipulationem venisse: quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus

est, tunc rem debebit. si ergo hominem vendiderit et is decesserit, an pretium eiusdem debeat? non enim deberet Stichi promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora processisset. sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam quam hereditatis. sed hoc in re singulari non potest credi: nam si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo videamus ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci (pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur) et sic sit, quasi alii non vendidissem: tibi enim rem debebam, non actionem. at cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut, si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam: quemadmodum fundi venditor fructus praestet bona fidei ratione, quamvis, si neglexisset ut alienum, nihil ei imputare possit, nisi si culpa eius argueretur. quid si rem quam vendidi alio possidente petii et litis aestimationem accepi, utrum pretium illi debeo an rem? utique rem, non enim actiones ei, sed rem praestare debeo: et si vi deiectus vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit. nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debebit, non rem, et sic aestimationem quoque: nam et aream tradere debet exusto aedificio.

18.4.21 Paulo en el libro décimo sexto de las cuestiones

Interpuesta una estipulación relativa a una herencia el vendedor obtenida una cosa hereditaria la ha vendido a otro: se pregunta, que deba prestar en base a la estipulación: en efecto dos veces en todo caso no puede incurrir en la estipulación, que deba y la cosa y el precio. Y ciertamente si la estipulación ha sido interpuesta, después que ha vendido la cosa el heredero, creemos que el precio ha llegado en la estipulación: y si la estipulación ha antecedido, después ha adquirido la cosa, entonces deberá la cosa. Si por tanto haya vendido un hombre y aquel hubiera fallecido, ¿Debe el precio del mismo? En efecto el prometedor de Estico no lo debería, si lo hubiera vendido, y muerto aquel, ninguna mora hubiera incurrido. Pero cuando he vendido la herencia y después he vendido una cosa de aquella, puede resultar que gestiono un negocio de él (el compra-

dor) más que de la herencia. Pero esto en una cosa singular no se puede creer: en efecto si hubiera vendido el mismo hombre a tí y antes de entregártelo lo hubiera vendido también a otro y hubiere recibido el precio, muerto aquel veamos si te debo algo en base a la acción de compra, puesto que no he incurrido en mora en la entrega (en efecto el precio del esclavo vendido no se percibe por la cosa, sino por el negocio) y de este modo sea, como si no hubiera vendido a otro: en efecto te debía la cosa, no la acción. Pero cuando la herencia es vendida, resulta que ha sido hecho tácitamente esto, que, si he hecho algo como heredero, presto esto al comprador, como si hiciese un negocio de aquel: del mismo modo que el vendedor del fundo por razón de buena fe preste los frutos, bien que, si hubiera desatendido como cosa ajena, nada podía imputarse a él, si no fuere mostrado su culpa. Que si he demandado una cosa que he vendido mientras un otro la poseía y he recibido la estimación del litigio, ¿Debo a aquel (el comprador) el precio o la cosa? En todo caso la cosa, en verdad no debo prestar a aquel las acciones, sino la cosa: también si expulsado con fuerza o bien por la acción de hurto hubiere recibido el doble, nada de esto pertenecerá al comprador. En efecto si el vendedor ha cesado de detentar sin culpa, deberá prestar sus acciones, no la cosa, y de este modo también la estimación: en efecto debe entregar también el area una vez incendiado el edificio.

18.4.22. *Scaevola libro secundo responsorum*

Hereditatis venditae pretium pro parte accepit: reliquum emptore non solvente quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur. respondi nihil proponi cur non teneantur.

18.4.22. Escévola en el libro segundo de las respuestas

Ha recibido una parte del precio de la herencia vendida: siendo el comprador no solvente para el restante ha sido cuestionado, si las cosas hereditarias sean obligadas en concepto de prenda. He respondido que nada ha sido propuesto porque no sean obligadas.

18.4.23.pr. *Hermogenianus libro secundo iuris epitomarum*

Venditor actionis, quam adversus principalem reum habet, omne ius, quod ex ea causa ei competit tam adversus ipsum reum quam adversus intercessores huius debiti, cedere debet, nisi aliud actum est.

18.4.23.pr. Hermogeniano en el libro segundo de los epitomes del derecho.

El vendedor de la acción, que tiene contra el deudor principal, debe ceder todo derecho, el cual de esta causa le pertenece tanto contra el mismo deudor como contra los garantes de este débito, a no ser que haya sido hecho otra cosa.

18.4.23.1.

Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur.

18.4.23.1.

El vendedor del crédito debe ser compelido a restituír íntegramente al comprador cualquier cosa que por compensación o bien cobro hubiese conseguido.

18.4.24. *Labeo libro quarto posteriorum a Iavoleno epitomatorum*

Hereditatem Cornelii vendidisti: deinde Attius, cui a te herede Cornelius legaverat, priusquam legatum ab emptore percipere, te fecit heredem: recte puto ex vendito te acturum, ut tibi praestetur, quia ideo eo minus hereditas venierit, ut id legatum praestaret emptor, nec quicquam intersit, utrum Attio, qui te heredem fecerit, pecunia debita sit, an legatario.

18.4.24. Labeón en el libro cuarto de los posteriores epitomados por Javoleno.

Has vendido la herencia de Cornelio: después Atio, al que Cornelio había legado algo de tí heredero, antes de percibir el legado del comprador, te hizo heredero: rectamente pienso que ejercitarás con la acción de venta, para que te sea prestado, porque por esa razón la herencia se haya vendido en menos, para que el comprador prestara este legado, ni interesa nada, si el dinero se deba a Atio, que te haya hecho heredero, o a un legatario.

18.4.25. *Idem libro secundo pithanon*

Si excepto fundo hereditario veniit hereditas, deinde eius fundi nomine venditor aliquid adquisiit, debet id praestare emptori hereditatis. Paulus: immo semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit: si autem id non apparebit, praestare eam

rem debebit emptori venditor, nam id ipsum ex ea hereditate ad eum pervenisse videbitur non secus ac si eum fundum in hereditate vendenda non excepisset.

18.4.25. El mismo en el libro segundo de los pithana

Si se ha vendido una herencia exceptuándose un fundo hereditario, después el vendedor a título de aquel fundo ha adquirido algo, debe prestarlo al comprador de la herencia. Paulo: al contrario siempre se indaga en este caso, que cosa se haya hecho: pero si esto no pareciera, deberá prestar aquella cosa el vendedor al comprador, en efecto resultará que esta misma cosa haya llegado a él por aquella herencia no diversamente que si al vender la herencia no hubiere excepcionado aquel fundo.

VERSIÓN PROPIA DEL CÓDIGO
LIBRO 4, TÍTULO 39.

1. *Impp. Severus et Antoninus AA. Geminio.-*

Aes alienum, hereditate nomine fisci vendita, ad onus emptoris bonorum pertinere, nec fiscum creditoribus hereditariis respondere, certum et absolutum est.

Dat. III. Non. Nov. ...

1. Los Emperadores Severo y Antonino Augustos a Geminio.

Es cierto y absoluto que el dinero ajeno, vendida la herencia en nombre del fisco, pertenece a la carga del comprador de los bienes, y que el fisco no responde a los acreedores hereditarios.

Dada a 3 de las nonas de noviembre...

2. *Imp. Antoninus A. Floriano.*

Ratio iuris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis, te convenire volentibus, tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine. nam ut satis tibi detur, sero desideras, quoniam eo tempore, quo venumdabatur hereditas, hoc non est comprehensum. quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest.

2. El Emperador Antonino Augusto a Floriano.

La razón de derecho postula, que tu respondas a los acreedores hereditarios y legatarios o fideicomisarios, que quieren convenirte, y con él, al que has vendido la herencia, ejercites (la acción) según su orden. En efecto deseas tarde, que te sea dada la *satisdatio*, ya que en aquel tiempo, durante el cual se vendía la herencia, esto no ha sido comprendido. No obstante en efecto haya comprado con esta cláusula, que satisfaga a los acreedores hereditarios, sin embargo no puede contra su voluntad ser constreñido a excepcionar las acciones hereditarias.

3. *Imp. Alexander A. Timotheo.*

Nominis venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet.

PP. V. Id. Febr. Maximo II. et Aeliano Conss.(223)

3. El Emperador Alejandro Augusto a Timoteo.

Suele contraerse la venta del crédito e ignorándolo o bien contra la voluntad de él, contra el cual se ceden las acciones.

Publicada a 5 de los Idus de febrero, bajo el segundo consulado de Máximo y el de Eliano. (223)

4. *Idem A. Diogeni.*

Qui nondum certus de quantitate hereditatis, persuadente emptore, quasi exiguam quantitatem eam vendidit, bonae fidei iudicio conveniri, ut res tradat vel actiones mandet, non compellitur suo quoque iure eorum persecutionem habet.

Dat. XVII. Kal. Octob. Maximo II. et Aeliano Conss.(223).

4. El mismo Augusto a Diógenes.

El que no todavía cierto de la cuantía de la herencia, persuadéndolo el comprador, ha vendido esta como se fuese una cuantía exigüa, no es compelido a ser convenido por un juicio de buena fe, para entregar las cosas o ceder las acciones, y en base a su derecho tiene la persecución de estas.

Dada a 17 de las Calendas de octubre, bajo el segundo consulado de Máximo y el de Eliano.(223)

5. *Idem A. Onesimo.*

Emptor hereditatis actionibus mandatis eo iure uti debet,quo is, cuius persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emptori tribui placuerit.

PP. Kal. Mart. Iuliano II. et Crispino Conss.(224).

5. El mismo Augusto a Onésimo.

El comprador de la herencia cedidas las acciones debe usar con aquel derecho, con el que (usa) él, de cuya persona sustituye, aunque se haya establecido que las acciones útiles contra los deudores hereditarios sean atribuidas al comprador.

Publicada las Calendas de marzo, bajo el segundo consulado de Juliano y el de Crispino.(224)

6. *Idem A. Pomponio.*

Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. sed quoniam contractus fidem fregit, ex empto actione conventus, quanti tua interest, praestare cogitur.

PP. VIII. Kal. Iul. Agricola et Clementino Conss. (230).

6. El mismo Augusto a Pomponio.

El cual te ha vendido la herencia, antes de que haya entregado las cosas hereditarias, ha perseverado dueño de aquellas, y por esto vendiéndolas a otros ha podido transferir el dominio. Pero porque ha quebrantado la fe del contrato, convenido por la acción de compra, está constreñido a prestar, cuanto es tu interés.

Publicada a 8 de las Calendas de julio, bajo el consulado de Agrícola y de Clementino.

7. *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Manassae.*

Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, post nominis venditionem utiles emptori, sic (ut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.

7. Los Emperadores Diocleciano y Maximiano Augustos a Manassa.

Después que se ha recurrido esto, que también las *cautiones* de los deudores eran dadas en prenda, ha resultado ordinario que, después de la venta del crédito se deben dar (como ha sido respondido) las acciones útiles al comprador, o bien al mismo acreedor que las pide.

8. *Idem AA. et CC. Aurelio Vigiliano*

Ex nominis emptione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur.

s. XV. ...

8. Los mismos Augustos y Césares a Aurelio Vigiliano.

De la compra del crédito el dominio de las cosas obligadas no se transmite al comprador, pero le es atribuída la persecución o constituído procurador *in rem suam,* o con la acción útil al ejemplo de un acreedor, según cuanto ha sido establecido antes.

Sancionada a 15 de...

9. *Imp. Iustinianus A. Ioanni PP.*

Certi et indubitati iuris est, ad similitudinem eius, qui personalem redemerit actionem, et utiliter eam movere suo nomine conceditur, et eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate. cum enim actionis nomen generale est omnium sive in rem sive in personam actionum, et apud omnes veteres iuris conditores hoc nomen in omnibus pateat, nihil est tale, quod differentiam in huiusmodi utilibus actionibus possit introducere.

Dat. Kal. Novemb. Constantinop. Lampadio et Oreste VV. CC.

Conss. (530)

9. El emperador Justiniano Augusto a Juan Prefecto del Pretorio.

Es derecho cierto e indudable que, a similitud de aquel, el cual haya comprado una acción personal, le sea también concedido promover útilmente aquella para su crédito, también el, que haya comprado una acción *in rem,* pueda usar la misma facultad. En efecto el nombre de acción es general de todas las acciones sea *in rem*, sea *in personam*, y en todos los antigüos fundadores del derecho aparece este término para todas, nada es tal, que pueda introducir una diferencia en las acciones útiles de este tipo.

Dada en Constantinopla las Calendas de noviembre, bajo el consulado de Lampadio y de Oreste, varones esclarecidos.

ÍNDICE DE FUENTES

Fuentes jurídicas.
Fuentes prejustinianeas

Lex XII Tabularum
(FIRA I, pp. 21 y siguientes)
5.3., 5.4., 5.5.

Gai XII Institutiones
1.115., 1.155., 2.13., 2.21., 2.24., 2.28., 2.30.33., 2.34., 2.35., 2.36., 2.37., 2.157., 2.191., 2.245., 2.252., 2.257., 3.9., 3.10., 3.12., 3.85., 3.86., 3.87., 3.154.a., 3.154.b.

Tituli ex corpore Ulpiani
19.12-15., 26.1

Vaticana Fragmenta
50

Fragmenta Interpretationis Gal Institutionum Augustodanensia
2.67., 2.68., 2.69., 2.70.

Leges saeculares, Líber Syro-Romamus
84

Corpas Iuris Civilis Digesta
1.4.1.pr., 2.14.4., 2.14.16.pr., 3.3.28., 3.3.42.2., 3.3.55., 3.5.9(10), 4.3.9., 4.4.24.2., 5.3.13.4-5, 5.3.18.pr., 5.3.18.2., 5.3.20.6., 6.1.1.pr., 6.2.9.3., 7.1.60.pr., 8.1.14.pr., 8.4.9., 10.2.4.3., 10.3.3.pr., 10.3.4.pr., 11.6.1.1., 11.7.1., 11.7.14.1., 11.7.14.35., 11.7.16., 12.1.41., 12.6.26.13., 12.6.45., 13.4.7.1., 15.1.37.pr., 15.3.7.4., 16.1.3., 16.1.2.5., 16.3.32., 17.1.8.10., 17.1.14.pr., 17.1.14.1., 17.1.42., 17.2.3.2., 17.2.71., 18.1.1.pr., 18.1.1.1., 18.1.8.pr., 18.1.8.1., 18.1.15.pr., 18.1.39.1., 18.1.70., 18.4.1., 18.4.2.pr., 18.4.2.1., 18.4.2.2., 18.4.2.3., 18.4.2.4., 18.4.2.5., 18.4.2.6., 18.4.2.7., 18.4.2.8., 18.4.2.9., 18.4.2.10., 18.4.2.11., 18.4.2.12., 18.4.2.13., 18.4.2.14., 18.4.2.15., 18.4.2.16., 18.4.2.17., 18.4.2.18., 18.4.2.19., 18.4.2.20., 18.4.3., 18.4.4., 18.4.5., 18.4.6., 18.4.7., 18.4.8., 18.4.9., 18.4.10., 18.4.11., 18.4.12., 18.4.13., 18.4.14.1. 18.4.15., 18.4.16., 18.4.17., 18.4.18., 18.4.19., 18.4.20.pr., 18.4.20.1., 18.4.21., 18.4.22., 18.4.23., 18.4.23.1., 18.4.24., 18.4.25., 19.1.11.2., 19.1.13.5., 19.4.1.pr., 20.2.1., 20.2.4.pr., 20.2.7.pr., 21.1.31.12., 21.1.33.pr., 26.10.7.1., 27.5.3.pr., 27.8.1.3., 27.9.3.pr., 28.2.11.,

28.5.86.(84), 28.5.87.(86), 28.7.12., 29.2.1., 29.2.2., 29.2.5.pr., 29.2.6.4., 29.2.15., 29.2.21.1., 29.2.22., 29.2.32.pr., 29.2.37., 29.2.45., 29.2.47., 29.2.50., 29.2.64., 29.2.68., 29.2.78., 30.94.1., 31.66.pr., 32.95., 35.1.21., 35.2.1.18., 35.2.71., 36.1.20.(19).2., 36.1.23.3., 36.1.44.(43)., 36.4.5.15., 39.5.29.2., 39.5.30., 41.1.62., 41.5.1., 42.5.24.1., 42.6.2., 43.3.1.13., 44.2.7.5., 44.4.4.27., 44.4.4.28., 44.4.4.29., 44.4.17.2., 44.7.1.5., 44.7.28., 45.1.50.1., 45.3.20.1., 46.3.75., 47.4.1.2., 48.8.7., 50.16.24., 50.16.27.1., 50.16.97., 50.16.178.1., 50.16.178.2., 50.16.208., 50.16.213.2., 50.16.226., 50.17.23., 50.17.59., 50.17.62., 50.17.89.

Codex Iustinianus
2.3.2., 2.3.30., 4.39.1., 4.39.2., 4.39.3., 4.39.4., 4.39.5., 4.39.6., 4.39.7., 4.39.8., 4.39.9., 6.37.2., 7.8.6., 7.10.3., 7.75.1.

Fuentes Bizantinas

Theophili Paraphrasis
2.23 2., 2.23.3.

Scholia a los Basilicos
Sch.5 Bas.11.1.63
Sch.59 Bas. 18.7.7.4

Glossa
'Mcrxime ' a D.18.4.2.2.
'Si ex *pluribus*' a
D.18.4.18.
'Hereditatem' a
D. 1 8.4.2.2.

Códigos Civiles modernos B.G.B.
§2.371, §2.374, §2.377, §2.379, §2.381, §2.382, §2.383.

Código Civil Argentino
art.124, art. 1175, art. 1184, inc.6., art. 1408, art. 1424.

Código Civil Brasileño
art. 483, art. 1122.

Código Civil Chileno
art. 94,4a, art. 1463, art. 1871, art. l 888, art. l 909, art. l910.

Código Civil Colombiano
art. 109,4a, art. l928, art. 1967, art. 1968.

Código Civil D F. (México)
art. 708, art. 1291, art. 1292, art. l293, art. 1294, art. 1826, art. 2288, art. 2293.

Código Civil Español
art. 1130, art. 1531, art. 1532, art. 1533, art. 1534.

Código Civil Francés
art. 118, art. 791, art. 1130, art. 1600, art. 1696, art. 1697, art. 1698.

Código Civil Italiano
art.66, art. 458, art.533, art.732, art.1440, art.1448, art.1470, art. 1498, art. 1542, art. l543 ,art. 1544, art. 1545, art. 1546, art. 2900.

Código Civil Peruano
art. 69, art.1209, art. 1447, art. 1550, art. 1558.

Código Civil Venezolano
art. 436, art. 1156, art. 1280 ordinal 4º, art. 1494, art. 1527, art. 1556.

Fuentes Literarias

Polibio
Hist. 31,26
Hist. 31, 28, Párrafos 13

Cicerón *Epistalae ad familiares* 14.5.2. *Epistulae ad Atticum* 6.9.2. 13.12.4. 13.14.1. *Paradoxa Stoicoram* 6.2. *Pro A. Caecina Oratio* 4.12. 5.1315. 6.16. *Topica* 5.27.
Lucrecio *De rer. nat.* 1, 303-305.
Séneca *Ep. ad. Luc.* 6.6.11.
Plinio *Epistolaram* 5,1-3.
Quintiliano Inst. Oral. 5.10.116.

Fuentes epigráficas *Formula Baetica* lineas 3-4 (en FIRA III p. 296) *Leges horreoram* n. 145 a lineas 9-10 n.145 c lineas 5-7 (en FIRA III pp. 455 y 457)

II. Referencias

1. Sobre tal doctrina ver *infra* § 4.

2. Sobre la relación de estos dos contratos en la compraventa de herencia ver el reciente estudio de Mario Talamanca, *"Vendita (dir. rom.)" Enciclopedia del Diritto*, vol. 46 (1993), p. 355.

3. Sobre el presente texto bajo el perfil histórico del origen del fideicomiso ver: Biondo Biondi, *Successione testamentaria e donazioni* (seconda edizione riveduta, Milano, Giuffrè, 1955) p. 480; Pasquale Voci, *Diritto ereditario romano* (seconda edizione, Milano, Giuffrè, 1967) vol. II, p. 345; Armando Torrent, Fideicommissum familiae relictum, (s/e; Oviedo: Universidad de Oviedo, 1978) p. 7; Alfonso Murillo Villar, "Aproximación al origen del Fideicomiso *de eo quod supererit*", *BIDR*, vol.92-93, (1989-1990), p. 123. Bajo el perfil de la figura del *procurator* y del *cognitor in rem suam* ver: Wladislaw Rozwadowski, "Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano", *BIDR*, vol. 76. p. 48 y 74. En lo referente al contenido de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* ver: Ferdinand Kniep, *Gai Institutionum,Commentarius secundus*, (s/e, Jena: Verlag von Guffau Filcher, 1913) págs. 393-94; Georg Maier "Zur Geschichte der Zession", *Festschrift fuer Ernst Rabel*, vol.II (1954) págs.219 a 220; Francis de Zulueta, *The Institutes of Gaius*, (reimp., Oxford: Clarendon Press, 1963) vol. II p. 116; Pablo Fuenteseca, "Reflexiones sobre la tricotomía *actio petitio persecutio*", *AHDE*, vol. 40 (1970), p. 144; Max Kaser, *Das Roemische Privatrecht*, (2a edición, Muenchen: Beck, 1971) vol. I, p. 762; haciendo un paralelismo entre tales *stipulationes* y las referentes a la venta de un crédito ver: Andreas Wacke, *"Ofilius* D.44.4.4.6. Ein Forderungskauf zu Buergschaftszwecken" *RIDA*, vol. 17. (1970) p. 347.

4. El texto ha sido citado según la edición de *FIRA*, vol. II p. 94. La letra más obscura corresponde a una integración de la parte corrupta del texto.

5. Ver *infra*, capítulo III §§ 2 y 3.

6. En el primer sentido se orienta la mayoría de la doctrina, ver recientemente: Ulrich Manthe, *Das senatus consultum Pegasianum*, (s/e; Berlin; Duncker & Humblot, 1989), p.29 a 31.

7. *Fragmenta Interpretationis Gai Institutionum Augustodunensia* 2.69; *Theophilus, Paraphrasis ad Iustiniani Institutiones* 2.23.3, expuestos a continuación y C. 4.39.2 (Emp. Caracala) mencionado en el último parágrafo del presente capítulo.

8. Para el texto completo mencionado por Teófilo ver *infra* en este mismo parágrafo.

9. Sobre tal argumento regresaremos en el capítulo 3 § 5 correspondiente a la transmisión de los derechos en la venta de herencia

10. En la reconstrucción del texto se ha seguido la edición de Ferrini, *"Fragmenta interpretationis Gai institutionum Augustodunensia",BIDR*, vol.13 (1900) págs.5 a 31; también se encuentra en *Opere di Contardo Ferrini*, vol.II (1929) págs.452 a 454.

11. Ver Ferrini, Opere, *op.cit.* p.453, también en: *FIRA*, vol. 2. p. 219.

12. Ferrini, *Opere, op. cit.* p. 453.

13. Ver v.g. Juliano, *libro quinto decimo digestorum* D.18.1.39.1; Ulpiano, *libro vicensimo sexto ad edictum* D.12.6.26.13; Paulo, *libro vicensimo octavo ad edictum* D.13.4.7.1. Sobre el empleo del verbo *stipulari* en lugar de *promittere*, ver ultimamente Manthe, *op. cit.*, p.28 nota 6, así como s.v *stipulor* en: Aegidius Forcellini, *Totius Latinitatis lexicon*, (s/e; Prati:Aldina,1871) p.642 y *Oxford Latin dictionary* (s/e; Oxford: Clarendon pres, 1980) p. 1761.

14. Al respecto ver Contardo Ferrini, "Intorno all' opportunità di una nuova edizione della Parafrasi di Teofilo e intorno alle fonti di questa, ai sussidi e al metodo", *Opere*, vol. 1 (1929) pp. 1 a 39 que si bien seguía la opinión superada en doctrina que la obra no era de Teofilo reconoce la importancia de la obra Gayana, también del mismo autor en la misma recopilación de artículos ver: "La glossa torinese delle Istituzioni e la parafrasi dello pseudo Teofilo" pp. 41 a 69; Pietro de Francisci, "Saggi di critica della parafrasi greca, delle Istituzioni giustinianee", *Studi in Onore di Biondo Biondi*, (1965) vol. 1 pp. 3 a 72 que trata de demostrar que si bien el autor de la paráfrasis tenía presente un texto de las Instituciones de Gayo, debía tratarse de un texto diverso del Gayo Veronese; Bernardo Santalucia, "Contributi allo studio della Parafrasi di Teofilo 1, *SDHI*, vol. 31 (1965) pp. 171 a 198, que intenta demostrar la hipótesis de que el modelo originario de la obra teofiliana es de fines del siglo V; por último ver: Manthe *op. cit.* p. 28.

15. Cuya traducción latina en la edición de Contardo Ferrini, *Institutionum graeca paraphrasis Theophilo Antecessori vulgo tributa* (s/e; Berolini: *Apud S.Calvary eiusque socios*, 1897) págs.239 y 240 es: *"spondesne, heres, si ab hereditario debitore quid exegeris, id mihi dare aut etiam actiones mihi cedere, ut eas procuratorio nomine movere possim?" " Spondeo".*

16. Cuya traducción de Ferrini, *ibid.* p. 240: *"Spondesne, fideicommissarie, si quid hereditarius creditor a me exegerit, id mihi praestare aut me defendere et indemnem servare?" "Spondeo".*

17. Manthe, *op. cit.*, p. 29-31, cuya reconstrucción con referencia a la *stipulatio emptae hereditatis* es: *"Quanta pecunia ex hereditate L. Titii ad te pervenit pervenerit dolove malo tuo factum est erit, quominus perveniret, quarumque rerum contra debitores hereditarios actiones petitiones persecutiones tibi quaesitae sunt erunt, quantam pecuniam earum rerum nomine ab hereditariis debitoribus exegeris, tantam pecuniam recte mihi restitui aut earum rerum nomine actiones hereditarias mihi praestari neque per te neque per heredem tuum fieri, quominus mihi heredive meo actiones hereditarias procuratorio aut cognitorio nomine exequi liceat, si adversus ea factum sit erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondes?"*, y en lo que respecta a la *stipulatio venditae hereditatis*: *"Quidquid hereditatis L. Titii nomine, quod L. Titius debuit vel quod mihi legatorum nomine ex testamento L. Titii dari fieri oportet oportebit, sine dolo malo condemnatus solvero sive quid alias bona fide dedero praestitero, his rebus recte praestari, quarumque rerum creditoribus hereditariis actiones petitiones persecutiones mecum sunt erunt, earum rerum nomine recte uti oportet defensionem suscipi quanti ea res erit, tantam pecuniam mihi recte restitui, dolumque malum abesse afuturumque esse spondes?"*. Tal reconstrucción de Manthe ha sido aceptada por Ingo Reichard, *Die Frage des_Drittschadensersatzes im klassischen roemischen Recht*, (s/e, Koln: Verlag Bohlau, 1994) pp. 78 y 79 pies de página 7 y 8, así como p. 245 pié de página 11.

18. Sobre los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano, ver Gayo, Inst. 2.253 a 259. En doctrina ver: Milan Bartosek, *Senatusconsultum Trebellianum*, (s/e; Praze; Nákladem Ceské akademie ved a umeni, 1945) págs. 5 a 215; Biondo Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, (seconda edizione riveduta, Milano, Giuffrè, 1955) pp. 193,195, 481,483,493; Manthe, *op. cit.*, p. 35- 53 y 76-125; Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano* (4a. edizione; Torino; UTET, 1993) p. 724 a 726; Juan Iglesias, *Derecho Romano*, (undécima edición; Barcelona; Ariel,1993) p.604.

19. Al citar el texto hemos utilizado la edición del Digesto de Mommsen, que incluye en el § 1 estas palabras. En sentido contrario es la reconstrucción de Otto Lenel, *Palingenesia iuris civilis,* (reimpresión; Graz, Akademische Druck u. Verlagsanstalt, 1960) vol. 1 p. 1213, según el cual tales palabras pertenecerían al pr. del fragmento. Así ver también Justus Schmidt-Ott, *Pauli Quaestiones, Eigenart und Textgeschicht einer spaetklassischen Juristenschrift*, (s/e; Berlin; Duncker & Humblot, 1993) p. 157 nota 23. Este último fundamenta su opinión sobre el empleo de la expresión *peto rescribas* que sería adoptada en el lenguaje jurídico solamente durante el siglo II d.C. Sin embargo, tal argumento no parece decisivo para excluír la atribución de la respuesta a Labeón, puesto que su uso podría haber sido hecho no por el jurista augusteo, sino por Paulo resumiendo la respuesta del primero.

20. Sobre tal principio general ver: Gayo, Inst. 2.91 a 92 reproducido con ligeras diferencias formales en D.41.1.10.3-4; también ver el mismo Gayo, Inst. 3.164; Escévola, *libro quinto digestorum* D.12.6.67.pr.; Ulpiano, *libro octavo ad Sabinum* D.29.2.25.pr; Pomponio, *libro undecimo ad Sabinum* D.41.1.21. pr; Ulpiano, *libro quadragensimo tertio ad Sabinum* D.41.1.23.pr. y 2. En doctrina ver Pietro Bonfante, *Corso di Diritto Romano, La propietà* (ristampa della I edizione,; Milano: Giuffrè, 1968) p. 430.

21. En base al texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.18.pr:...*si possessor hereditatis venditione per argentarium facta pecuniam apud eum perdiderit*...es posible considerar la hipótesis que también en el caso mencionado se utilizara la intermediación de un banquero. Sobre tal intermediación ver la doctrina mencionada *infra*, cap. 2 § III.

22. Ver al respecto Talamanca, "Vendita", *op. cit.*, p. 349.

23. El presente texto ha sido analizado en lo referente a tales palabras *quantae summae* por David Johnston, *The Roman law of trust*, (s/e; Oxford: Clarendon Press, 1988) pp. 201 y 202.

24. Stanislao Cugia, "Spunti storici e dommatici sull'alienazione dell'ereditá" *Studi in onore di E. Besta*, vol. I, Milano 1939, p. 531, refiere tal texto a las cosas llegadas al heredero también antes de la venta de herencia. La inclusión de estas cosas en las que el vendedor estaba obligado a otorgar al comprador es expresada claramente por Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.4 (ver cap. 2 § III y cap. 4 § III). Pero el empleo en el presente texto del futuro anterior *pervenerit* parecería implicar mayormente una referencia a las *res hereditariae* tomadas en posesión del heredero vendedor en un momento sucesivo a la compraventa de la herencia.

25. Sobre todo bajo el perfil de la transmisión de los créditos: ver por ejemplo Rozwadowski, "Studi sul trasferimento..." *op. cit.* p. 85-87.

26. Torrent, *"Venditio hereditatis. La venta de herencia en derecho romano* (Salamanca: Universidad de Salamanca 1966), p. 181.

27. *Ibidem*, p. 182.

28. No contrasta con nuestra afirmación la hipótesis propuesta en la interpretación jurídica sucesiva que pensó en una ratificación de la venta por parte de los otros coherederos, una vez aceptada la herencia. Ver al respecto las glosas *"si ex pluribus"* de Viviano y *"hereditatem"* a D.18.4.18.

29. Sobre tal aseveración ver Ulpiano, *libro trigensimo ad Sabinum* D.10.3.3.pr. que trata de la paralela acción de la división de la propiedad. En doctrina ver: Biondo Biondi, "La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane", *Annali Perugia*, vol. 3 (1913) págs. 369 a 407; Vincenzo Arangio-Ruiz, "Appunti sui giudizii divisorii", *Revista italiana per le scienze giuridiche,* vol.52 (1913) pp. 223 a 242; Jean Gaudemet, *Etude sur le régime juridique de l' indivision en droit romain,* (s/e,Paris,Sirey, 1934) pp. 1 a 499; Burdese, *Manuale, op. cit.* p. 353; Iglesias, *op. cit.* p. 549; Paolo Frezza, *s.v. Actio familiae erciscundae Novissimo Digesto Italiano* vol.1 (1957) pp. 265 a 266.

30. Talamanca, *Vendita, op. cit.* p. 355.

31. Ver *infra*, cap. 6 § III .

32. Ver *supra*, D.32.95 en el § III b) y D.50.16.97. mismo § c).

33. Sobre tal texto en cuanto al análisis de la presente *stipulatio* ver: Rozwadowski, op. cit. p.74; Wacke *"Ofilius..." op. cit.* p. 347; Paolo Frezza, "Giurisprudenza e prassi notarile nelle carte italiane dell' alto medievo e negli scritti di giuristi romani" , *SDHI*, vol. 42 (1976), p. 213.

34. Ver *infra* cap. 4 § III D; cap. 7 § II.

35. Las dudas de interpolación de la presente parte del texto de Paulo, manifestadas por los estudiosos menos recientes (ver Levy-Rabel, *Index interpolationum quae in Iustiniani digesta super-sunt,*1929, Boelhaus, Weimar, vol. I, p. 324 a 325 ; Cugia, Spunti storici *op. cit.*, pp. 541 a 542), son rechazadas por la doctrina actual: confrontar Rozwadowski, *op.cit.* p.84; Manfred Harder, *"Commodum eius esse debet, cuius periculum est"* en *Festschrift fuer Max Kaser* , Muenchen 1976, p. 367; Paolo Frezza, *"Responsa* e *Quaestiones*, studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi", *SDHI,* vol.43 (1977) p. 242; Stefan Weyand, "Kaufverstaendnis und Verkaeuferhaftung im klassischen roemischen Recht" *TR* vol. 51(1983), pp. 259 a

261; Talamanca, *op. cit.*, p. 353 nota 496; Reichard, *op. cit.* pp. 77 a 80.

36. Confrontar *infra,* cap. 2 § III y cap. 4 § III. Esta correspondencia entre la solución manifestada por Paulo y las opiniones de Celso, Gayo y Ulpiano en los respectivos textos hace improbable la postura de Cugia, *op. cit.*, p. 542, que considera dicha solución fruto de retoques compilatorios para introducir la teoría de la compraventa consensual de herencia.

37. Sobre el resarcimiento derivado del incumplimiento de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis* ver *infra,* cap. 7 § IV.

38. La misma interpretación se puede observar en la glosa *"venditor"* a D.18.4.21.

39. Tal parecería ser la orientación de Weyand, *op. cit.*, pp. 259 a 264 y de Reichard, *op. cit.*, pp. 78 a 83.

40. Sch. 59 Bas. 18.7.7 .4 (= D. 15.3.7.4) ed. Heimbach: Stefanou ... KlhronomiaV gar pipraskomenhV o prathV enagetai kai ecei kata tou agorastou thn ex bendito, h thn extipoulatou, ei etucen auton eperwthsaV peri wn ws eikoV profasei thV klhronomiaV enagomenos katabalh, wV anhnektai bib. d tou Kwd. tit. ld diat. b *(Stephani ... hereditate enim vendita venditor convenitur et habet adversus emptorem actionem ex vendito vel ex stipulatu, si forte ab eo stipulatus sit de iis, quae, ut probabile est, hereditatis causa soluturus sit, ut relatum est lib. 4 cod. tit. 39 const. 2)*; Sch. 5 Bas. 11.1.63 (= C. 2.3.2) ed. Heimbach: ... Kai ekeina ... fhsin, oti o men klhronomoV o kai prathV enagetai prwtotupwV para tvn daneistvn, autoV de loipon anagkazei ton agorasthn defendeuein auton dia thV ex stipoulatou, eige ephrwthsen, h dia thV ex bendito, ei mh eperwthsen (*dicitur enim in illis, heredem quidem eundemque venditorem principaliter a creditoribus conveniri, eum autem deinde cogere emptorem, ut ipsum defendat, actione ex stipulatu, si stipulatus sit ab emptore, vel actione ex vendito, si stipulatus non sit*)

41. Manthe, *op. cit.*, p. 34 , que reconstruye el texto completo de la siguiente forma: *Ratio iuris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, <habeas actionem ex stipulatu, ut defendaris ab emptore vel tibi praestetur, quod hereditatis nomine soluturus sis, vel actionem ex vendito, si stipulatus non sis.> Nam ut satis tibi detur, sero desideras, quoniam eo tempore, quo venumdabatur hereditas, hoc non est comprehensum. Quamvis enim ea lege emerit, <contra creditores hereditarios defensionem suscipiat>, excipere actiones hereditarias invitus cogi non potest.*

42. Lenel, *Palingenesia, op. cit.* vol. 2 p. 1190 a 1194.

43. Ver Cugia, *op. cit*, p. 513 a 544, que considera el contrato consensual sólo como la causa de las *stipulationes emptae et venditae hereditatis,* David Daube, "Sale of Inheritance and Merger of rights", *ZSS,* vol. 74 (1957) pp. 261, 288 a 290; Torrent, *op. cit.* p. 216 a 220.

44. Talamanca, *Vendita op. cit.*, p. 355. Una opinión similar había sido expresada por J.A.C. Thomas, *"Venditio hereditatis* and *emptio spei" Tulane Law Review* vol. 33 (1959), p. 546.

45. Su exégesis será realizada en el capítulo 5 § III en lo que respecta a las obligaciones del comprador y será citado también en el capítulo 6 § III.4 bajo el eventual aspecto de la confusión.

46. En el mismo sentido Reichard, *op. cit.*, pp. 244 a 251, que analiza el presente texto bajo el perfil del resarcimiento del daño a terceros.

47. En sentido contrario ver Reichard, *op. cit.* p. 245, que siguiendo a la doctrina tradicional, considera el siguiente texto de la siguiente manera: *quia tenetur aut ex stipulatu aut iudicio ex empto...*

48. Ver Levy-Rabel, *Index interpolationum* vol. I, p. 286; así también Reichard, *op. cit.*, p. 250.

49. Regresaremos a tratar el texto bajo el aspecto de las obligaciones del comprador en el capítulo 5 § III.4 y de la confusión hereditaria en el capítulo 6 § II.3.

50. El texto completo es: *Per contrarium quoque idem Iulianus scribit, cum Terentius Victor decessisset relicto herede fratre suo et res quasdam ex hereditate et instrumenta et mancipia Bellicus quidam subtraxisset, quibus subtractis facile, quasi minimo valeret hereditas, ut sibi ea venderetur persuasit: an venditi iudicio teneri possit? et ait Iulianus competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent.* Su exégesis será realizada en el capítulo 7 § III correspondiente a la responsabilidad de las partes.

51. Tal texto se analizará en el capítulo 2 § I en el ámbito de la problemática correspondiente al objeto en la venta de herencia.

52. Tal texto será analizado en el capítulo 3 § IV correspondiente a la transmisión de la herencia.

53. Tal texto será analizado en el capítulo 6 § IV correspondiente a la confusión.

54. Sobre el presente texto en lo referente a la alternativa de acciones ver: Rozwadowski, op. cit. p. 85; Andreas Wacke, *"Ofilius,* op. cit. p. 351; en lo referente al *fideiussor* ver: Roger Vigneron, *"Fideiussor, qui pecuniam deposuit, confestim agere mandati potest", BIDR,* vol.77 (1974) p. 451.

55. Stanislao Cugia, "Inammissibilità del *Mandatum Actionis*", *Studi in Onore di Vincenzo Arangio Ruiz*, vol. IV (1953) *op.cit.* p. 303

56. En los capítulos 3 § V correspondiente a la transmisión de los derechos y 7 §§ II y III en lo que respecta a la responsabilidad.

57. Sobre tal texto en lo referente a las obligaciones del vendedor y del adquirente de un crédito entendidas como *bonae fidei*, ver: Rozwadowski, op. cit. p. 88.

58. Para tal aspecto ver *infra*, cap. 7 § IV.

59. Ver Yuri González Roldán, *"Stipulationes emptae et venditae hereditatis"*, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, vol.19 (1995) p. 164 a 184.

60. Vincenzo Arangio-Ruiz, *La Compravendita in diritto romano*, (2a. edizione; Napoli: Jovene, rist.1978) vol. I, p.73. Dicha postura ya se había manifestado anteriormente en doctrina: Ernst Immanuel Bekker, *Die Aktionen des Romischen Privatrechts*, (s/e; Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1871) pp. 155 a 159; Rudolph von Jhering, *Geift des roemitchen Recht*, (s/e; Leipzig: Drucf und Berlag von Breitfopf und haertel, 1906) vol.3 pp. 201; Paul Frédéric Girard, *Manuel Elementaire de Droit Romain* (s/e; Paris: Rousseau, 1929) pp. 568 a 572; F. de Zulueta, *The roman law of sale* (s/e; Oxford: Clarendon Press, 1949) pp. 2 a 6; David Daube, "Novation of obligations giving a *bonae fidei iudicium*", *ZSS*, vol.46 (1948) pp. 102 a 104; Después de Arangio Ruiz ver: Alan Watson, "The origins of consensual sale: a hypothesis", *TR*, vol.32 (1964) pp. 245 a 254; Burdese, *op. cit.* p. 451; al papel de formas "parastipulatorias", antes de la afirmaciòn de la consensualidad para la celebración de la *emptio venditio* hace referencia también Talamanca, *op. cit.*, p. 311, aunque si bien sustente una idea diferente sobre dicho contrato; ver otras posturas en Talamanca p. 309 a 311.

61. Paulo, *libro tertio epitomarum Alfeni digestorum*, D.17.2.71. nos conserva un ejemplo en el cual el contenido de un contrato consensual, la sociedad, podía ser incluído en una *stipulatio* (... *tota res in stipulationem translata videretur*), deduciéndose que la *stipulatio* constituyó el antecedente histórico de la consensualidad.

62. En esta dirección parece ponerse la tentativa de reconstrucción de Manthe, *op. cit.*, p. 29 a 31.

63. Para los cuales, como es notorio, existía el régimen especial creado por los ediles curules: sobre el punto ver Arangio Ruiz, *op. cit.* vol II, p. 361 a 394; Iglesias, *op. cit.* p.376; Burdese, *op. cit.* p.534.

64. Sobre tal evolución de la *emptio venditio* ver Arangio Ruiz, *op. cit.* vol. I, p. 18 a 82, Vol. II, p. 345 a 352; Talamanca, *op. cit.*, pp. 319 a 323.

65. Para el examen de tal argumento ver *infra* capítulo 4 § II .

66. Respecto al significado de tal expresión en el presente texto ver: Fritz Pringsheim *"id quod actum est"*, ZSS, vol.78 (1961) pp. 67 a 68.

67. Sobre tal tema ver cap.II §3.

68. Sobre dichas excepciones ver *infra* cap. 3 § IV. Estos textos son examinados bajo el aspecto del *id quod actum est* por Pringsheim, *op. cit.*, pp. 29 a 30 y 68 a 69.

69. Sobre el presente texto en lo referente al *pactum* convenido entre las partes ver: Andreas Wacke, " Zum Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli I *ZSS*_vol. 90 (1973) págs 259 a 261; Pierre Cornioley, "Les origines de la *sponsio*", *Labeo*, vol.35 (1989) p. 75; Talamanca, "Vendita", *op. cit.* p. 355 nota 516.

70. Sobre el fundamento de tal excepción ver Wacke, *op. cit.*, pp. 259 a 261.

71. Sobre los significados del término *hereditas* en la amplia bibliografía moderna ver: Carlo Fadda, *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, (s/e; Napoli: Luigi Pierro, 1900) vol. 1, p. 1 a 32; Pietro Bonfante,"Il concetto dommatico dell' ereditá nel diritto romano e nel diritto moderno, *Scritti giuridici varii*, vol. I (1916-1926), pp. 152-187; Siro Solazzi, *Diritto ereditario romano* (s/e; Napoli, Jovene, 1932), p. 1 a 34; Carlo Arnò, *Corso di Diritto* ereditario romano (s/e; Torino, Giappichelli, 1937) p. 3 a 44; Biondo Biondi, Diritto ereditario romano, (s/e; Milano: Giuffré-Editore, 1954) p. 51; Pasquale Voci, Diritto ereditario romano, (2a edizione; Milano: Giuffré; 1967) vol.I, p. 203 a 321; Ubaldo Robbe "Le definizioni delle fonti della *hereditas* ed i suoi due significati" *Studi in Memoria di Guido Donatuti*, III (1973); Bernardo Santalucia, *Diritto ereditario romano, Le fonti* (s/e; Bologna, Patròn, 1987) pp. 1031 a 1130.

72. Afirmado por Gayo 2.34; y en los siguientes textos: Paulo, *libro quinto decimo ad Sabinum* D.8.1.14 pr; Ulpiano, *libro nono decimo ad Edictum* D.10.3.4.pr.; Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.50.16.178.1.La distinción entre *res corporales* y *res incorporales* se encuentra dentro del ámbito filosófico, como se aprecia en: Cicerón, Top. 5, 27; Séneca, *Ep. ad. Luc*, 6.6.11; Quintiliano, *Inst. Orat*, 5.10.116; Lucrecio, *De rer. nat.*, 1, 303-305. Respecto a bibliografía ver entre otros: Gaetano Scherillo, *Lezioni di diritto romano*, *Le cose* (s/e; Milano, Giuffrè, 1945) p. 13 a 18; en sentido contrario del mismo autor "La *in iure cessio* dell' ereditá", *Scritti Carnelutti*, Vol. 4, p. 272; Franz Wieacker "Griechische Wurzeln des Institutionensystems", *ZSS*, vol. 70 (1953) p. 104; Biondo Biondi, *I Beni* (s/e; Torino, Unione Tipografico, 1953) p. 19 a 43; Werner Flume "Das Be-

griffspaar, *res corporales-res incorporales", ZSS*, vol.79 (1962) p. 22 a 26; Giuseppe Grosso "La distinzione fra *res corporales* e *res incorporales* e il secondo capo della *lex Aquilia*" en Synteleia Arangio Ruiz (1964) p. 791; Pierpaolo Zamorani *"Res Corporales""Res Incorporales" Labeo*, vol.20 (1974) p. 362 a 369; Franco Baldessarelli "A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra *res corporales* e *res incorporales* nel diritto romano classico" *RIDA*, vol.37 (1990) pp. 71-116.

73. El término mercancía técnicamente hablando es el más correcto al referirse al objeto de la venta, como se aprecia claramente en D.18.1.1. pr. y D.18.1.1.1. ambos textos de Paulo, *libro trigensimo tertio ad edictum.*

74. Respecto al presente texto en lo referente a la existencia del objeto ver: Francisco Samper Polo, "La disposición *mortis causa* en el derecho romano vulgar", *AHDE*, vol. 38 (1968), p. 170, José Luis Murga, "Nulidad o ilícitud en la enajenación de las *res sacrae*", *AHDE*, vol. 41 (1971) p. 609; del mismo autor, "Una *actio in factum* de Ulpiano para la venta de sepulcros", *RIDA*, vol 21 (1974) p. 307; también en "Un posible régimen jurídico especial para los sepulcros romanos en Egipto", *RIDA*, vol.31 (1984), p.267; Max Kaser " Erbschaftkauf und Hoffnungskauf, *BIDR*, vol.74 (1971), p. 58, 59; Philippe Didier, "Les diverses conceptions du droit naturel á l' oeuvre dans la jurisprudence romaine des II et III siècles, *SDHI*, vol. 47 (1981), p. 223; Zolnierczuk Mieczyslaw, "Elementi romanistici nel Codice Civile della Repubblica Democratica Tedesca", *INDEX*, vol. 16 (1988) p. 218, que manifiesta como una obligación que tenga por objeto una prestación imposible sea radicalmente nula; Alfredo Calonge, "La compraventa civil de cosa futura" (Salamanca, Acta Salmaticensia, 1963), p. 41 y siguientes; Carlo Augusto Cannata, " Atto giuridico e rapporto giuridico", *SDHI*, vol. 57 (1991), p. 362, en donde el autor manifiesta que, si la herencia existe, pero el vendedor no es heredero, la venta es válida y el vendedor responde como un vendedor de cosa ajena; Talamanca, "Vendita", *op. cit*, p. 349-350.

75. Ver Lenel, Palingenesia *op. cit.* vol. II, p.110. Sobre el orden de los *libri iuris civilis* de Sabino ver Riccardo Astolfi, *I libri iuris civilis di Masurio Sabino* (s/e, Padova, Cedam, 1983) pp. 1 a 275. Poco probable parecería la postura del autor en la p. 2, nota 4 de la atribución del texto D.18.4.1. a una opinión de Plautio y no de Sabino fundándola en que el primero consideraba nula la venta de herencia inexistente en D.18.4.7.y que Paulo siguiendo a Javoleno optaba por la validez en D.18.4.8. y 9. Tal improbabilidad deriva de la analogía

que presenta el texto D.18.4.1. con D.18.1.8.pr. que correspondería también al comentario que realiza el mismo Pomponio a Sabino.

76. Cabe recordar el texto de Juliano, *libro sexto digestorum* D.50.17.62 que afirma: *hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit.* El concepto de *hereditas,* como se sabe, indica el fenómeno de entrar una persona en el complejo jurídico del difunto, por lo que, para ser tal, debe referirse a un patrimonio cuyo titular haya fallecido, en caso contrario no podríamos hablar del mencionado concepto, y mucho menos de la venta del mismo. En doctrina ver: Filippo Vassalli, "Miscellanea critica di diritto romano", *Studi giuridici* (Milano; Giuffré, 1960) vol. III, p. 343, que afirma que el fragmento D.18.4.1 está fundado sobre particulares presupuestos lógico-jurídicos del negocio, en virtud de que la persona viva no ha causado ninguna herencia, porque *hereditas* es un concepto que hace referencia al patrimonio de una persona fallecida. En el mismo sentido Torrent, *op. cit.*, p. 158. Además ver Talamanca, *op. cit.*, p.349.

77. Esto puede apreciarse en el texto de Pomponio, *libro trigesimo segundo ad Sabinum* recogido D.41.5.1, que dice: *Pro herede ex vivi bonis nihil usucapi potest, etiamsi possessor mortui rem fuisse existimaverit.*

78. Sobre tales razones con respecto a una herencia ver los dos textos concadenados de Papiniano, *libro duodecimo responsorum* D.39.5.29.2: *Donationem quidem partis bonorum proximae cognatae viventis nullam fuisse constabat: verum ei, qui donavit ac postea iure praetorio successit, quoniam adversus bonos mores et ius gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit* (era cosa notoria que la donación de una parte de los bienes de una pariente próxima viva había sido nula: pero responde que deben ser totalmente negadas las acciones hereditarias a él que donó y después sucedió en base al derecho pretorio, porque se hubiera actuado contra las buenas costumbres y el derecho de las gentes); y de Marciano, *libro singulari de delatoribus* D.39.5.30: *nam ei ut indigno aufertur hereditas* (en efecto la herencia le es quitada como persona indigna). La constitución de Justiniano C.2.3.30. con referencia a los pactos sucesorios afirma: *Secundum veteres itaque regulas sancimus omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli et nihil ex his pactionibus observari nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accomodaverit et in ea usque ad extremum vitae spatium perseveraverit* (Por lo tanto según las viejas reglas establecimos que de todo modo los pactos de este tipo, que son convenidos contra las buenas costumbres, sean rechazados y nada de estos

pactos sea observado, a menos que la persona misma de cuya herencia ha sido pactado haya prestado su voluntad a tales pactos y la haya perseverado hasta el último momento de su vida). Al respecto ver: Fadda, *op. cit.*, p. 310; Girard, *Manuel élémentaire*, *op. cit.* p.452; G. Bortolucci, *Corso di Diritto Romano, Le Successioni,* (s/e, Bologna, Gruppo Universitario, 1932) p. 165; Pietro Bonfante, *Corso di diritto romano. Le successioni*, (s/e, Roma, Societá editrice del foro italiano, 1930) vol. VI p. 170, en sentido contrario ver: Vasalli, *op. cit.*, p. 335 a 381; Emilio Valiño, "Los precedentes clásicos de la prohibición de negocios sobre la herencia de un vivo en derecho romano", *Estudios jurídicos en homenaje del profesor Santa Cruz Tejero*, vol. II, (1974) pp. 475 a 486; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (s/e South Africa-Deventer-Boston, Juta Ltd y Kluwer 1990) p. 249 . La razón fundada en la violación a la libertad de testar es expresada por Arnó, op. cit. págs. 103 a 105; Giulio Vismara, *Storia dei patti successori*, (s/e; Milano; Giuffrè, 1986) págs. 63 a 156.

79. Friederich Glück, *Commentario alle Pandette,tradotto sotto la direzione di Filippo Serafini* (s/e; Milano; Societá editrice Libraria, 1901) libro XVIII, pp. 675 y 676, según el cual el contrato de una herencia futura de una persona todavía viva no fue en si mismo considerado ineficaz, considerándose como una ganancia incierta, teniendo el negocio el carácter de una *emptio spei*; más prudentemente Talamanca, *op. cit.*, p. 349 nota 452.

80. La glosa elimina el problema omitiendo esta palabra (ver glosa *maxime* a D.18.4.2.2.). La doctrina posterior hasta el siglo pasado es orientada hacia la segunda solución. Para una panorámica exhaustiva de tal doctrina ver Glück, *op. cit.* p. 675 y Vassalli, *op. cit.*, p. 348 y 349.

81. *Commentarius in Codicem* 2.3. *lex de quaestione* numero 6.

82. Considera totalmente interpolado el texto Vassalli, *op. cit.* p. 349. Habla de corrupción que excluye una excepción Talamanca, *op. cit.*, p. 349 nota 452.

83. Sobre el carácter y las finalidades de la *pupillaris substitutio* ver por ejemplo: Emilio Costa, "Sopra la natura giuridica della sostituzione pupillare nel diritto romano", *BIDR*, vol. 6 (1893) págs. 245 a 332; Hans Julius Wolf, "Die Pupillarsubstitution", *Studi in onore di Salvatore Riccobono,* vol.3 (1936) págs. 437 a 459; Jan Vázny, "La sostituzione pupillare nella giurisprudenza classica", *BIDR,* vol. 37 (1939) pp. 68 a 118; del mismo autor "Note critiche ed esegetiche alla sostituzione pupillare", *BIDR,* vol. 47 (1949) pp. 31 a 55; Pasquale Voci, "La sostituzione pupillare nel diritto romano", *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, vol. 18 (1955) pp. 3 a 60; Siro Solazzi, *"Unum testamentum duarum hereditatum", Labeo,* vol.1 (1955) pp. 3 a 60.

84. Glück, *op. cit.*, p. 676 refiere el texto como una herencia futura de una tercera persona indeterminada; así también ver: Bonfante, *op. cit.* p. 173; Valiño, *op. cit.*, p. 477 lo vee como un caso de validez de pactos sobre la herencia futura todavía no causada; Mario Talamanca, "Societá (dir. rom.)", *Enciclopedia del Diritto*, vol. 42 (1990), p. 826 nota 132, trata el texto en base a la cláusula *si quae iusta hereditas obvenerit*; dudando de la clasicidad del mismo ver: Vassalli, *op. cit.*, p. 353.

85. En tal sentido Vincenzo Arangio-Ruiz, *La societá in diritto romano*, (ristampa anastatica; Napoli: Jovene, 1965) p. 135, en sentido opuesto ver: Cugia, *Spunti storico-dommatici, op.cit.* p. 524; Antonio Guarino, *La societá in diritto romano*, (s/e; Napoli: Jovene, 1988) p.21 que considera que el fragmento es el residuo de un discurso más amplio sobre la *societas omnium bonorum.*

86. En doctrina prevalece la opinión que el texto haya sido retocado: Vassalli, op. cit. p. 350 a 353; Agostino Poggi, *Il contratto di societá in diritto romano classico*, (s/e rist. Roma: L'Erma di Bretschneider, 1972) p. 138; Guarino, *op. cit.* p. 20 nota 59. En favor de su genuinidad se expresa por el contrario Arangio Ruiz, *op. cit.* p. 136.

87. Entiéndase, como es notorio, que el testador sea libre, ciudadano romano y *pater familias.* Ver en doctrina: Burdese, "Manuale", *op. cit.*, p. 657; Matteo Marrone, *Istituzioni di Diritto Romano*, (2a. edizione; Palermo: Palumbo, 1994) p. 603; Iglesias, *op. cit.*, p. 564.

88. Sobre los mencionados textos así como de D.18.4.9. análizados en relación a la existencia del objeto ver: Peter Stein, *Fault in the formation of contract in roman law and scots law,* (s/e, Edinburgh-London: University of Aberdeen, 1958) pp. 80 y 81.

89. El argumento de la obra de Javoleno según Lenel, Palingenesia *op. cit.*, I, p. 298 correspondería al título: *De emptione et venditione*; Kaser, Erbschaftskauf *op. cit.*, p. 52; Heinrich Honsell, *"Quod interest* im *bonae fidei iudicium* (1 ed. Muenchen, Beck, 1969), pp. 110; Pasquale Voci, *Le obbligazioni romane*, (s/e, Milano; Giuffrè, 1969) pp. 147 a 148 que lo analiza en cuanto al resarcimiento; Talamanca, *op. cit.* p. 350.

90. Ver Dieter Medicus,"*Id quod interest*" (s/e Muenchen, Beck, 1968), pp. 163 a 168; Honsell, *op. cit.*, pp. 107 a 112. Desde tal punto de vista el presente texto será analizado en el cap. 7 § 2 D) referente a las responsabilidad de las partes.

91. Ver las diversas opiniones expuestas por Talamanca, *op. cit.*, p. 350 nota 467 que considera un posible cambio de opinión del jurista.

92. Al análisis de este problema por parte de Plauto pensaban ya, G. A. Thomas "Morginalia on *certum pretium*" *TR* vol. 35, (1967), p. 547; Kaser, *op. cit.*, p.51 nota 22. Yoav Ben - Dror, "The Perennial Ambiguity of *Culpa in Contrahendo*" en *The American Journal of Legal History* vol. XXVII (1983), págs. 169 a 170, piensa que las dos diversas soluciones remontasen ya a las escuelas sabiniana y proculeyana.

93. Sobre tal analogía ver Kaser, *op. cit.*, pp. 52 s.; Ben - Dror, *op. cit.*, p. 169; Talamanca, *op. cit.*, p. 350.

94. En tal caso, como es notorio, el comprador de buena fe tenía el derecho de emplear la acción contractual *ex empto* para la restitución del precio y para la indemnización: ver Arangio Ruiz, La compravendita *op. cit.* I, pp. 130.; Talamanca, *op. cit.*, p. 331 a 335.

95. Respectivamente de Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.15; y de Africano, *libro septimo quaestionum* D.18.4.20.

96. Como puede deducirse de Labeón-Paulo, *libro quinto decimo quaestionum* D.45.3.20.1; Juliano, *libro quinto decimo digestorum* D.18.4.18.

97. En el orden de Ulpiano, *libro trigensimo primo ad edictum* D.17.1.14.1. y de Escévola, *libro vigesimo septimo digestorum* D.44.4.17.2.

98. Sobre tal punto ver: Vassalli, Miscellanea *op. cit.*, pp. 335 a 353; Kaser, Erbschaftskauf *op. cit.*, p. 59.

99. Tal texto es: *Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur ... 1. Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. Quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil incederit, quia spei emptio est.* (Es válida la compraventa de frutos y de hijos de esclavos y de animales futuros, de modo que cuando los hijos nacen la venta se considera hecha desde el momento de la conclusión del contrato...1. A veces se considera venta también aquella sin cosa, como si se comprase el alea. Lo que sucede cuando se compra una captura de peces o de aves o de aquellas cosas lanzadas al pueblo: en efecto la venta se contrae, también si nada llega a existir, porque es venta de esperanza). Sobre tal distinción ver: Arangio Ruiz, La compravendita, *op. cit.* vol. I. p. 117 a 121; Torrent, *Venditio hereditatis op. cit.*, pp. 541 a 545; Calonge Matellanes, *"La compraventa civil de cosa futura"* (Salamanca 1963); Pablo Fuenteseca, "Reflexiones sobre la tricotomía *actio petitio persecutio"*, AHDE, vol. 40 (1970), p. 142; Kaser, op. cit. p. 45 a 50; Paul van Warmelo, "Le droit romain en Afrique du Sud", *Index*, vol. 3 (1972), p. 150; Volker Kurz, *"Emptio rei speratae pura* oder *sub condicione" Labeo*, vol. 20 (1974), p. 199, 207, 208; Cannata, "Atto giuridico..." *op. cit.*, p. 364; Thomas *op. cit.*, p. 80; Heinrich Jakobs Horst, *"Culpa* und *interpellatio* bei der *mora debitoris* nach klassischem Recht" , *TR*, vol. 42 (1974), p. 46; Stefan Weyand, "Kauferverstandnis..." *op. cit.* p. 255; Okko Behrends, "Institutionelles und prinzipielles Denken im roemischen Privatrecht", *ZSS*, vol. 108 (1978) p. 205; Talamanca, *op. cit.*, p. 346 a 348.

100. En lo referente al presente texto la doctrina menos reciente (por ej. Glück, *op. cit.* p. 680) equiparaba este caso a un juego de fortuna, considerándolo bajo una condición, que al no verificarse perjudicaría al comprador. La opinión común actualmente lo vee como un caso de *emptio spei*: ver Kaser, *op. cit.*, p. 53 a 55; Talamanca, *op. cit.* p. 351.

101. De un *iactus retis* como ejemplo de *emptio spei* hablan también el mismo Ulpiano, *libro trigesimo secundo ad edictum* D.19.1.11.18. y Celso, *libro vicensimo septimo digestorum* D.19.1.12. Algunos estudiosos (Thomas, *op. cit.*, p. 549; Torrent, *op. cit.* pp. 161) pensaron que el *incertum rei* se refiriese a la incertidumbre sobre el monto de la herencia. Tal interpretación ha sido rechazada por la mayoría de la doctrina: ver Kaser, *op. cit.* p. 56 nota 39; Talamanca, *op. cit.* p. 351 nota 471.

102. Las dudas sobre la genuinidad del presente texto manifestadas por Vassalli, *op. cit.*, pp. 374; Arangio-Ruiz, Compravendita *op. cit.*, I, p. 120, parecen ya superadas en lo referente a su substancia por parte de la mayoría de la doctrina (Thomas, *op. cit.*, pp. 548 a 550; Stein, Fault, *op. cit.* p. 81; Calonge Matellanes *op. cit.*, p. 42; Kurz, *op. cit.*, p.199; Medicus, *op. cit.*, p. 101; Kaser, *op. cit.*, p. 55; Zimmermann, The Law of Obligations *op. cit.*, p. 249; Talamanca, *op. cit.*, p. 351), que habla únicamente de posibles interpolaciones formales.

103. Además de la doctrina mencionada en el § anterior sobre el presente texto en lo referente a la herencia inexistente: Murga, "Nulidad" *op. cit.*, p. 609; del mismo autor "Una *actio...*" *op. cit.*, p. 307: el autor manifiesta al respecto del presente texto una analogía a la compraventa de cosas imposibles; del mismo autor "Un posible ...", *op. cit.*, p.267; Cannata, *op. cit.*, p. 362 a 364; bajo el perfil de una venta de esperanza ver: Kaser, *op. cit.*, p. 46 a 58; Kurz, *op. cit.*, p. 199; Thomas, *op. cit.*, p.80; Medicus, *op. cit.*, p. 98; Behrends, *op. cit.*, p. 205; Marek Kurylowicz,"Das Glueckspiel in roemischen recht", *ZSS*, vol. 115 (1985) p.187; Heinrich Honsell, *op. cit.* pp. 110 y 111.

104. Murga, "Nulidad ..." *op. cit.*, p. 609; el mismo, "Una *actio* ..." *op. cit.*, p. 307; el mismo, "Un posible ..." *op. cit.*, p. 267; Kaser, *op. cit.*, p. 50 a 57: el autor al tratar el presente texto manifiesta el siguente ejemplo: ha llegado a Roma que un tío ha fallecido en una lejana provincia, el sobrino cree que ser heredero y necesitá dinero, vende su esperanza de herencia contra un precio que se abona inmediatamente, y se conviene de no exigir la devolución del mismo en caso que el sobrino no resulte heredero o sólo reciba una pequeña parte; Cannata, *op. cit.*, p. 362, Medicus, *op. cit.*, p. 101; Honoré *op. cit.*, p. 290.

105. Ver por ejemplo Glück, *op. cit.* pp. 680 a 682; Kaser, *op. cit.*, pp. 53 a 57.

106. Por Talamanca, *op. cit.* p. 351.

107. Ver Kaser, *op. cit*, p. 53 a 54; Talamanca, *op. cit.* p. 351.

108. Sobre tal punto ver *infra,* cap. 7 § II.

109. Ver Lenel, "Palingenesia", *op. cit.* vol I, p. 216; Talamanca, op. cit, p. 351 nota 473.

110. Ver *infra,* capítulo 7 § 2 B) referente a la responsabilidad.

111. Sobre tal aspecto ver Gian Gualberto Archi, *Il trasferimento della proprietá nella compravendita romana* (s/e; Padova, Cedam, 1934) págs. 7 a 236; Carlo Longo, *Corso di diritto romano. Parte speciale: La compravendita* (s/e; Milano, Giuffrè, 1937) p. 393; De Zulueta, *The Roman ... op. cit.* pp. 35 a 51; Arangio Ruiz. "Compravendita", *op. cit.* p. 168 a 181 ; Burdese, op. cit. p. 455 y también el mismo autor en *Novissimo Digesto Italiano*, vol.20 pp. 597. Específicamente a nuestro argumento ver: Stein, *Fault, op. cit.* p.81; Talamanca, *op. cit.* p. 349.

112. En el capítulo 1 § III. El texto dice: *Si ex pluribus heredibus unus, antequam ceteri adirent hereditatem, pecuniam, quae sub poena debebatur a testatore, omnem solverit et hereditatem vendiderit nec a coheredibus suis propter egestatem eorum quicquam servare poterit, cum emptore hereditatis vel ex stipulatu vel ex vendito recte experietur: omnem enim pecuniam hereditario nomine datam eo manifestius est, quod in iudicio familiae erciscundae deducitur, per quod nihil amplius unusquisque a coheredibus suis consequi potest, quam quod tamquam heres impederit.*

113. En el capítulo 1 § III que dice: *Apud Labeonem ita scriptum est: filium et filiam in sua potestate pater intestatus reliquit; filia eo animo fuit semper, ut existimaret nihil ad se ex hereditate patris pertinere; deinde frater eius filiam procreavit, et eam infantem reliquit; tutores servo avito eius imperaverunt, ut ab eo, cui res avi hereditatis vendiderunt, stipularetur, quanta pecunia ad* Stein, *eum pervenisset;*

ex ea stipulatione quid pupillae adquisitum sit, peto rescribas. Paulus: est quidem verum, bona fide possessum servum ex re eius, cui servit, stipulantem possessori adquirere; sed si res, quae ex hereditate avi communes fuerunt, in venditionem hereditatis venerunt, non videtur ex re pupillae totum pretium stipulari; ideoque utrisque adquirit.

114. El presente texto es analizado por MarioTalamanca bajo el punto de vista de las ventas al asta, "Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico" *Memorie ANL*, serie VIII, vol.VI (1954) p. 131 a 132; así también Hans Ankum, "Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères", *Studi Scherillo*, vol.1 Milano 1972, p. 387; Aldo Petrucci en su estudio realizado sobre la banca en Roma lo estudia bajo tal enfoque, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana* (s/e; Napoli: Jovene, 1991) p. 232 a 234.

115. Sobre dicho senadoconsulto ver: W. Frande, *De hereditatis petitione*, (s/e, Goettingen: Buchhandlung, 1864) págs. 149, 198,201,221; Charles Appleton, "Le vrai et le faux sénatus-consulte Juventien", *RH*, vol.9 (1930) pp. 1 a 19; Giannetto Longo, *La hereditatis petitio* (s/e, Padova, Cedam, 1933) pp. 81 a 105; Joseph Dénoyez, *Le défendeur à la pétition d' hérédité priveé en Droit Romain* (s/e, Paris, Recueil Sirey, 1953) pp. 112 a 116; Santi di Paola, *Saggi in materia di hereditatis petitio* (s/e, Milano, Giuffrè, 1954) pp. 79 a 119; Max Kaser, "Die Passivlegitimation zur *hereditatis petitio", ZSS*, vol. 72 (1955) pp. 90 a 126; Marrone, *op. cit.* p. 618 a 620; Burdese, *op. cit.* p. 693; Iglesias, *op. cit.* p. 552.

116. Ver Kaser, Roem. Privatrecht *op. cit.* I, p. 736 nota 12; Talamanca, *op. cit.*, p.355 nota 514 que considera que posiblemente tal opinión no fuese aceptada por todos los juristas, y que el pretor concediera la acción sólo en caso de insolvencia del vendedor, o cuando este último respondiese como posesor de buena fe, en medida limitada.

117. Para la realización de un fideicomiso universal en la forma de una compraventa ver Gayo Inst. 2.252. ampliamente tratado en el capítulo 1 § II.

118. Sobre el presente texto ver Cugia, *op. cit.* pp. 528 a 529, que considera interpolada la mención del momento sub c) como expresión de la tendencia bizantina a sobrayar la voluntad de las partes; Torrent, *op. cit.* p. 162 a 163, se limita a referirlo respecto a las *stipulationes emptae et venditae hereditatis.* La doctrina más reciente (*v.g.* Pringsheim, *Id quod actum est, op. cit.* p.67; Talamanca, *op. cit.*, p. 351 nota 478) por el contrario afirma su clasicidad. Contra las dudas interpolacionistas podemos decir lo que dijimos sobre el papel

fundamental ya en la época clásica de la autonomía negocial de los contratantes (cap. 1 § VII).

119. Las interpolaciones sobre el contenido del presente texto, manifestadas por Cugia, *op. cit.*, pp. 533 a 534 y aceptadas por Torrent, *op. cit.*, p. 163 a 164, son negadas por la doctrina actual: ver; Talamanca, *op. cit.*, p. 352 a 353.

120. Respecto a tal contenido ver también Ulpiano, *libro septuagensimo quinto ad edictum* D.44.2.7.5: *nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci* (en efecto cuando pido una herencia, resultan ser incluídas en la petición todas las cosas y acciones, que están en la herencia).

121. Sobre la diferencia en el texto entre *persecutiones* y *actiones* ver la obra de Franco Casavola, *Actio, Petitio, Persecutio*, (Napoli: Jovene, 1965) p. 17. El autor considera que en el texto el término *persecutio* hace referencia a las cosas: *(earum rerum) persecutio,* mientras *actiones* indican *strictu sensu* sólo las *actiones in personam,* según una concreta realidad de la tradición jurídica romana, sea como dato lingüístico que conceptual (ver *ibid.* p. 25). Así Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.50.16.178.2. que, según Lenel, Palingenesia *op. cit.*, vol. II, p. 1191, explicaría el presente texto. El uso de *persecutio* en el significado de *actio in rem* se encuentra, por ejemplo en Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21 ya examinado capítulo 1 § III h) (*venditor ... rem hereditariam persecutus*). Así también Papiniano, *libro primo definitionum,* D.44.7.28: *...persecutio in rem.*Ver al respecto la amplitud del concepto de *persecutio* en Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.50.16.178.2. en Casavola, *op. cit.* pp. 110 a 112; Fritz Sturm, *Stipulatio Aquiliana* (s/e, Munchen, Beck: 1972) págs. 153 a 157.

122. Una confirmación se encuentra en Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21: *venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit ... si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus pretium in stipulationem venisse.*

123. Talamanca, *op. cit.*, p. 353 nota 492, menciona que la palabra *pretium* no asume aquí el sentido técnico, sino aquél de valor objetivo de las *res donatae* y que la *ratio aequitatis* debe ser entendida como un "adeguato contemperamento degli interessi in gioco". La equiparación entre cosas vendidas y donadas antes de la venta de herencia con la consecuente obligación del vendedor de transmitir su precio es confirmado por Bas. 19.4.2.3-4.

124. Las partes de los dos textos que en este momento nos interesa es respectivamente la siguiente: *Cum stipulamur 'quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit' res ipsas quae pervenerunt, non pretia earum spectare videmur* y *venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit ... si, antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debebit.*

125. Al respecto ver el amplio comentario de Glück, *op. cit.*, pp. 704 a 722, en donde se identifican las cinco opiniones más importantes expresadas por los juristas anteriores.

126. Sobre el derecho de acrecer ver en doctrina *v.g.* W.M. Rossberger, *Jus Adcrescendi* (s/e, Lipsiae: Kleinii, 1827) pp. 1 a 220; M.E. Machelard, *Dissertation sur l' accroissement* (s/e, Paris: Durand, 1860) pp. 1 a 330; Giuseppe Campani, *Diritto d' accrescimento nella ereditá testata* (s/e, Siena: Lazzeri, 1877) pp. 9 a 144; Saverio de Cillis, *Del diritto di accrescere* (s/e, Bologna: Garagnani, 1879) pp. 3 a 118; Bonfante, *op. cit.*, pp. 253 a 272; Ubaldo Robbe, *s.v.* Accrescimento, *Novissimo Digesto Italiano* vol. 1 pp. 156 a 161; Burdese, *op. cit.*, pp. 684 a 686; Iglesias *op. cit.* pp. 535 a 538.

127. Respecto a la duda si la trasmisión de los bienes obtenidos por motivo del acrecimiento formase objeto de la misma obligación de *restituere* o de otra nueva y distinta, el paralelismo con un fidecomiso de una cuota de herencia con sucesivo acrecimiento en favor del heredero fiduciario, que es mencionado por Ulpiano, *libro vicensimo secundo ad edictum* D. 36.1.44 (43), haría pensar como más probable la primera solución: *Papinianus tractat, si quis heres institutus ex semisse rogatus sit restituere hereditatem et eam suspectam dicens compulsus adit, deinde fideicommissarius gnarus sit adcrevisse portionem hereditatis post restitutione scripto heredi, an opus sit ei alia actione. Et ait securum esse eum posse de illo: plane de hoc solo quaerendum ait, an ei opus sit nova restitutione, posteaquam portio adcrevit: sed ne hanc quidem necessariam esse* (Papiniano considera, si a un heredero instituído de la mitad se le pide entregar la herencia y no obstante dijese que tal herencia fuese pasiva es constreñido a aceptarla, y después el fidecomisario ignora que al heredero instituído le acreció otra cuota hereditaria, necesita el primero de otra acción contra éste último? Y dice que puede estar seguro de esto: ciertamente debe sólo buscarse si es necesaria una nueva entrega después del acrecimiento: pero tampoco ésta sería necesaria).

128. Al respecto ver *infra,* cap. 7 § II.

129. Sobre tal texto ver *infra,* cap. 6 § III.3.

130. Sobre tal texto ver *infra,* cap. 3 § 5.

131. Sobre tal texto ver *infra,* cap. 4 § III.F.

132. *Apud Iulianum scriptum est, si venditor hereditatis exceperit servum sine peculio et eius nomine cum eo actum fuerit de peculio et in rem verso, id dumtaxat eum consequi, quod praestiterit eius peculii nomine quod emptorem sequi debeat, aut quod in rem defuncti versum est: his enim casibus aes alienum emptoris solvit, ex ceteris causis suo nomine condemnetur.*

133. El texto completo es el siguiente: *Quid ergo si servum cum peculio exceperit venditor hereditatis conventusque de peculio praestitit? Marcellus libro sexto digestorum non repetere eum scripsit, si modo hoc actum est, ut, quod superfuisset ex peculio, hoc haberet: at si contra actum est, recte repetere eum posse ait: si vero nihil expressim inter eos convenit, sed tantummodo peculii mentio facta est, cessare ex vendito actionem constat.*

134. El texto integramente dice: *Si venditor hereditatis aedes sibi exceperit, quarum nomine damni infecti promissum fuerat, interest, quid acti sit: nam si ita excepit, utdamni quoque infecti stipulationis onus sustineret, nihil ab emptore consequeretur: si vero id actum erit, ut emptor hoc aes alienum exsolveret, ad illum onus stipulationis pertinebit: si non apparebit, quid acti sit, verisimile erit id actum, ut eius quidem damni nomine, quod ante venditionem datum fuerit, onus ad emptorem, alterius temporis ad heredem pertineat.*

135. *Si excepto fundo hereditario veniit hereditas, deinde eius fundi nomine venditor aliquid adquisiit, debet id praestare emptori hereditatis. Paulus: immo semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit: si autem id non apparebit, praestare eam rem debebit emptori venditor, nam id ipsum ex ea hereditate ad eum pervenisse videbitur non secus ac si eum fundum in hereditate vendenda non excepisset.*

136. Renviamos el análisis de dichos textos al cap. 5 § III.

137. La configuración jurídica y las problemáticas de la *in iure cessio hereditatis* pueden observarse, almenos en la edad clásica, fundamentalmente en los textos de Gai Inst. 2.34-37 y 3.85-87 y de los *Tituli ex corpore Ulpiani* o *epitome Ulpiani* 19,12-15, a los que se hará referencia a lo largo de la exposición. La doctrina más representativa sobre la presente figura resulta de los siguientes artículos: M. Garaud, "L' *In Jure Cessio Hereditatis*", *RHD* vol. 1 (1922), pp. 141-190; Rodolfo Ambrosino, *"In iure cessio hereditatis"*, SDHI, vol. 10 (1944) pp. 1 a 100; Gaetano Scherillo, "La *in iure cessio* dell'eredità", *Scritti Carnelutti*, vol. IV pp. 255 a 292; Francesco De Martino, "Nota in tema di *in iure cessio hereditatis", Studi in onore di Siro Solazzi,* (1948) pp. 568 a 589; en los mismos estudios ver a Antonio Guarino, *"In iure cessio hereditatis"* pp. 38 a 46; Siro Solazzi, "L' *in iure cessio hereditatis* e la natura dell' antica *hereditas"*, IURA, vol.3

(1952), pp. 21-47; Armando Torrent, "Cronología, Finalidad y Desaparición de la *In iure cessio hereditatis"*, Studi in onore di Eduardo Volterra, vol. 3 (1971), pp. 237-247; Voci, Diritto ereditario *op. cit.* I, pp. 98 a 102; Kaser, Roemische Privatrecht op. cit., I, págs 722-723; Ubaldo Robbe, "Le definizioni delle fonti della *Hereditas* ed i suoi due significati. La *in iure cessio hereditatis,* Studi in Memoria di Guido Donatuti, vol. III (1973) pp. 1031 a 1130; también ver su libro *La hereditas iacet e il significato della hereditas in diritto romano*, (s/e; Milano: Giuffrè, 1975) pp. 435 a 501; Gian Luigi Falchi, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani* (s/e; Milano, Giuffrè, 1981), pp. 141 a 148; Yuri González Roldán, "La *in iure cessio hereditatis", Revista de Investigaciones Jurídicas*, vol. 20 (1996) pp. 277 a 333.

138. Dicha apreciación la comparten la mayoría de los romanístas, como Fadda, *op. cit.*, p. 108; Biondo Biondi, *op. cit.* p. 177; Torrent, *op. cit.* p. 146, fundamentándose en el texto de Gayo Inst. 3.12, que, hablando de las disposiciones contenidas en las XII Tablas, al respecto dice: *...Ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit vel antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege conpetit.* Esto explicaría la causa por la que al heredero extraño o voluntario se le otorgaría la posibilidad de ceder la herencia antes de la aceptación, ya que permitiría a un tercero la obtención de la *hereditas;* así pues, cualquier otro agnado de grado menos próximo al cedente podría recibirla, y de esta forma evitar que la herencia resultase vacante. Esto mismo ha hecho considerar a la doctrina (como Garaud, *op. cit.* 144; Voci, *op. cit.* p. 103) que tal situación permitiría la admisión del cesionario a los *sacra privata* y de este modo la continuación de la realización del culto doméstico. En sentido opuesto no de forma radical ver Ambrosino, *op. cit.* p. 33. Otras aplicaciones de la institución pueden probablemente verse en los textos de Polibio, *Hist.* 31, 28, 1-3, y de Cicerón en *Paradoxa Stoicorum* 6.2.donde Escipión el Joven cedió su cuota de herencia *post aditionem* a su hermano con el fin de realizar una liberalidad, e *Hist.* 31,26, en el cual el mismo regaló a su madre lo heredado por Emilia, madre de su padre adoptivo (sobre tales episodios ver en doctrina, por ej., Boyer, "Droit successoire romain dans Polybe" en *RIDA* vol. 4 (1950), p. 179; Torrent, Cronología *op. cit.*, p. 239; más dudoso parece De Martino, *op. cit.*, p. 579). En el texto de Plinio, *Epist.* 5.1-3 (mencionado en la nota siguiente) podemos observar que, al ceder su parte de la herencia a *Asudius Curianus,* la institución cumplió la función de solucionar conflictos hereditarios mediante transacción. Sobre otras posibles finalidades ver: Ferdinand Kniep, *Gai Institutionum, Commentarius tertius* (s/e, Jena: Verlag Guffau Filcher, 1914) p. 213, que considera la *in iure*

cessio hereditatis como medio para que el agnado de sexo masculino pudiera transmitir la herencia a la agnada femenina, en virtud de que esta última se encontraba excluída de tal herencia en base a la *lex Voconia*. Así también el mismo autor, *op. cit.*, p. 198, piensa que el campo originario y propio de la *in iure cessio hereditatis post aditionem* se desarrolló en la realización del concurso hereditario, mediante el cual se cumplían las obligaciones hereditarias frente a los acreedores.

139. Podríamos pensar no obstante con ciertas dudas, que en el texto de fines del siglo I d.C. Plinio, *Epis.* (5.1-3) se hablase de una *in iure cessio hereditatis venditionis causa*, porque, cuando *Asudius Curianus* le propone a Plinio que le done su parte de la herencia, este último responde que no es correcto hacer una donación a un hombre rico y sin hijos, por lo que sería mejor una cesión si él considerase como injusta la causa de la desheredación (... *non esse satis honestum donare et locupleti et orbo, in summa non profuturum ei, si donassem, profuturum, si cessissem, esse autem me paratum cedere, si inique exheredatum mihi liqueret*). La contraposición que realiza Plinio entre donación y cesión podría hacer pensar que esta última se hubiese podido realizar *venditionis causa*.

140. Ver los autores mencionados en *Index interpolationum* III, pp. 338 a 339; a los cuales se pueden añadir Ambrosino, *op. cit.*, p. 61; De Martino, *op. cit.*, pp. 583 a 585).

141. *v.g.* Los artículos de Ambrosino y De Martino mencionados en la nota anterior; así como también Scherillo, *Corso di diritto romano. La successione* , p. 228.

142. Ver *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae (VIR)* vol. I, p. 705 s.v. *cedere* y p. 724 s. s.v. *cessio*.

143. Ver Lenel, Palingenesia *op. cit.*, vol. II. p.864.

144. *De auctoris dolo exceptio emptori non obicitur. Si autem accessione auctoris utitur, aequissimum visum est ei, qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris: et peraeque traditur rei quidem cohaerentem exceptionem etiam emptori nocere, eam autem, quae ex delicto personae oriatur, nocere non oportere.* (La excepción sobre el dolo del vendedor que garantiza por la evicción *-auctor-* no se opone al comprador. Pero si une su posesión con aquella del vendedor, pareció muy equitativo que el, que une su posesión en base a la persona del vendedor, soporte el dolo del mismo vendedor: igualmente se transmite que la excepción inherente a la cosa ciertamente perjudica también al comprador, mientras que la que nace de un delito de la persona, no debe perjudicar.

145. *Si quis autem ex causa legati vindicet aut is, cui ex causa donationis res praestita est, vindicet, an de dolo exceptione patiatur ex causa eius, in cuius locum successerit? Et magis putat Pomponius summovendum: et ego puto exceptione eos esse repellendos, cum lucrativam causam sint nancti: aliud est enim emere, aliud ex his causis succedere.* (Por el contrario si alguien reivindica a título de legado o la persona reivindica a título de donación la cosa que fue prestada. ¿Soporta la excepción de dolo por motivo de él, en cuyo lugar sucedió? Y Pomponio piensa que es mejor que le sea oponible: y yo pienso que ellos deban ser rechazados con dicha excepción, porque obtuvieron la cosa por una causa lucrativa: en efecto una cosa es comprar, otra suceder en base a estas causas).

146. Sobre la *in iure cessio hereditatis ante aditionem* ver Gayo, Inst. 2.35: *Nam si is ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres exditerit, proinde fit heres is cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset*...Así también en 3.85: *si legitimam heredi-tatem heres, antequam cer nat aut pro herede gerat, alii in iure cedat, pleno iure fit ille heres, cui cessa est hereditas, pro ac si ipse perlegem ad hereditatem vocaretur;...* (En efecto, si él, a que la herencia pertenece en base al derecho legítimo *ab intestato*, la cede *in iure* a otro antes de aceptarla, es decir antes de que hubiese sido heredero, por eso se convierte en heredero él, a que ha cedido *in iure*, como si el mismo por ley hubiese sido llamado a la herencia 3.85. Del mismo modo si el heredero ceda *in iure* a otro la herencia legitima, antes de que la acepte con *cretio* o con *gestio pro herede*, por pleno derecho se convierte en heredero él, a que la herencia fue cedida, como si el mismo fuese llamado a la herencia por ley).El mismo contenido se encuentra en los *Tituli ex corpore Ulpiani* 19.12-14.: *Hereditas in iure ceditur vel antequam adeatur vel posteaquam adita fuerit. Antequam adeatur, in iure cedi potest ab herede legitimo ... si antequam adeatur hereditas in iure cessa sit, proinde heres fit, cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset.* (La herencia es cedida *in iure* o antes de que sea aceptada o bien después que haya sido aceptada. Antes de que sea aceptada, puede ser cedida *in iure* por el heredero legitimo... si antes de que sea aceptada la herencia sea cedida *in iure*, entonces se convierte en heredero él, a que fue cedida, como si el mismo fuese heredero legitimo). En doctrina ver: Garaud, *op. cit.*, pp. 154 a 157; Antonio Guarino, *"In iure cessio hereditatis"*, *Studi in Onore di Siro Solazzi*, p. 39; Pietro Bonfante, *Corso di Diritto Romano* (s/e; Milano: Giuffré , 1974) vol. VI, pp. 300 a 302; Emilio Betti, *"In iure cessio hereditatis,, successio in ius,,* e titolo di *heres,,"* *Studi in Onore di Siro*

Solazzi, (1948) p. 601; Voci, *op. cit.*, p. 102; Fadda, *op.cit.* p. 107 a 108; De Martino, *op. cit.* pp. 571 a 574; Robbe, *op. cit.*, p. 1094 y 1129; Scherillo, *op. cit.*, p. 283.

147. Respecto al heredero testamentario Gayo en Inst.2.36. dice lo siguiente: *Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit;*...También en Inst. 3.86. el mismo autor dice: ...*ante aditam vero hereditatem cedendo nihil agit.* Así también *tituli ex corpore Ulpiani* 19.13. cuyo texto es referido en la nota anterior. Respecto al heredero necesario ver: Gayo en Inst. 2.37. y 3.87. mencionados *infra.* 157.

148. Al respecto ver: Biondi, *op. cit.*, p. 176; Voci, *op. cit.*, p. 98; Torrent, *Venditio hereditatis*, *op. cit.* p. 132;. A los herederos *sui et necessarii* se les consideraba como continuadores en el dominio de los bienes del *de cuius,* porque en vida del padre eran en cierto modo duenos; así al morir el mismo, no adquirían la herencia sino más bien conseguían la libre administración de sus bienes. Al respecto ver Gayo, Inst. 2. 157 y Paulo, *libro secundo ad Sabinum* D.28.2.11. en doctrina ver: Giovanni Lobrano, *Pater et filius eadem persona* (s/e; Milano: Giuffrè, 1984) pp. 1 a 167.

149. Al respecto ver De Martino, *op. cit.* p. 576. Autores como Bonfante, *Corso, op. cit.* p. 242; Guarino, *op. cit.* pp. 553 y 554; Scherillo op. cit. p. 264 han observado acertádamente un paralelismo con la *in iure cessio tutelae* por el hecho de que el heredero testamentario no puede realizar la *in iure cessio hereditatis ante aditionem.*

150. De Martino, *op. cit.* p. 584 y Torrent, *op. cit.* p. 115.

151. La cesión de la herencia que realiza el heredero voluntario *ab intestato ante aditionem* no es violación al principio *semel heres, semper heres,* porque la misma no ha sido aceptada todavía. El propio Gayo es cuidadoso de no llamar heredero a esta persona, en el texto 35 del libro segundo de las Instituciones (*is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas).* Esto pondría en duda la reconstrucción de los editores en lo referente al texto 85 del libro tercero, porque no parecería verosímil que Gayo descuidadamente denomine *heres* a una persona que todavía no ha adquirido tal calidad. No sería por lo tanto exacto afirmar que el título perpetuo de heredero es conferido por ley *ipso iure* con la simple vocación hereditaria, porque entonces sería superflua la institución de la aceptación y la negativa a la herencia. Por lo que debe entenderse el mencionado principio a partir de la aceptación de la herencia. Al respecto ver Ambrosino, *op. cit.* p. 61; en el mismo sentido De Martino, *op. cit.* p. 578; confrontar con Garaud, *op. cit.* p. 141.

152. A la luz de los siguientes textos: Paulo, *libro sexto decimo quaestionum* D.18.4.21; *libro quarto decimo ad Plautium* D.18.4.13; Ulpiano, *libro quadragensimo nono ad Sabinum* D.18.4.2.10. Para la exposición y exégesis de los presentes textos ver capítulo 4 § I correspondiente a las obligaciones del vendedor.

153. Sería difícil considerar que la cláusula de Ulpiano, *libro trigensimo secundo ad edictum* D.18.4.11. *si qua sit hereditas, est tibi empta* correspondiese al formulario de una venta de herencia realizada mediante *in iure cessio hereditatis ante aditionem;* porque la *in iure cessio* requiere de la existencia del objeto, y en tal cláusula la herencia es incierta.

154. Si bien las claras afirmaciones de Gayo en Inst. 2.35. (...*fit heres is cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset*...se convierte en heredero él, a que *a herencia es cedida in iure,* como si hubiera sido llamado a la herencia por ley*)* y 3.85 (...*pleno iure fit ille heres, cui cessa est hereditas, proinde ac si ipse per legem ad hereditatem vocaretur;* de pleno derecho se convierte en heredero él, a que la herencia es aceptada, como si el mismo fuese llamado a la herencia por ley*)* y de los *Tituli ex corpore Ulpiani* 19.13 (*Si antequam adeatur hereditas in iure cessasit, proinde heres fit cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset;* si antes de que la herencia es aceptada, se cede *in iure,* entonces se convierte en heredero él a que fue cedida, como si el mismo fuese heredero legitimo*),* ha sido motivo de discusión por la doctrina si el cesionario realmente es heredero o si únicamente se adquiría una posición familiar ficticia y no la calidad de *heres.* En el primer sentido se expresó Betti, en la XX session de la Societé Internationale d' Histoire des Droits de l' Antiquité, (SIHDA) en sentido contrario Torrent en el mismo congreso (relación de tal ha sido realizada por Giovanni Negri, en *IURA*, vol. 17 (1966) p. 239; así mismo por Marie-Thérèse Lenger, en *RIDA*, vol. 13 (1966) pp. 386 y 387); y también ver: Emilio Betti, "De la interpretación del derecho", *SDHI*, vol. 32 (1966) pp. 161 a 162.

155. En contrario ver Glück, *op. cit.* p. 685, el cual con una postura mayormente tradicional considera que, aunque el heredero hubiese vendido la herencia antes de aceptarla, no por ello deja de tener el carácter de heredero.

156. Al respecto ver Gayo en Inst. 2.35. que al tratar de la adquisición de cosas incorporales dice:...*Post obligationem vero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora uero eius hereditatis proinde transeunt ad eum cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent.* (Pero si haya cedido

después de la aceptación, no de menos el mismo permanece heredero y por eso es responsable frente a los acreedores, las deudas por el contrario perecen y de tal modo los deudores hereditarios obtienen un lucro; las cosas de aquella herencia por el contrario se transmiten a él a que la herencia fue cedida, como si las cosas singulares hubiesen sido cedidas *in iure* a él). Así también en Inst. 3.85. dice que:...*quodsi posteaquam heres extiterit, cesserit, adhuc heres manet et ob id creditoribus ipse tenebitur; sed res corporales transferet proinde ac si singulas in iure cessisset, debita uero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt.* (...Si después de que hubiere sido heredero, haya cedido, permanece aún heredero y por eso el mismo será responsable frente a los acreedores; pero transfiere las cosas corporales como si las haya cedido *in iure* singularmente, las deudas por el contrario perecen, y de tal modo los deudores hereditarios obtienen un lucro). También ver: *Tituli ex corpore Ulpiani* 19.12-15: *hereditas in iure ceditur...vel posteaquam adita fuerit...posteaquam adita est, tam a legitimo quam ab eo, qui testamento heres scriptus est...quod si posteaquam adita fuerit, in iure cessa sit, is qui cessit, permanet heres et ob id creditoribus defuncti manet obligatus; debita vero pereunt, id est debitores defuncti liberantur.Res autem corporales, quasi singulae in iure cessae essent, transeunt ad eum cui cessa est hereditas.*(La herencia es cedida *in iure...* o después de que haya sido aceptada... después de que fue aceptada, tanto por el legítimo heredero como por el que fue instituído heredero en el testamento...si después de que haya sido aceptada, haya sido cedida *in iure,* el que la ha cedido, permanece heredero y por eso queda obligado frente a los acreedores del difunto; por el contrario las deudas perecen, es decir, los deudores del difunto son liberados. Pero las cosas corporales, que son cedidas *in iure* como si fuesen singularmente, se transmiten a él a que la herencia fue cedida). Sobre la *in iure cessio hereditatis post aditionem* ver: Garaud, *op. cit.* pp. 158 y 159; Guarino, *op. cit.*, pp. 40 a 44; Bonfante, *op. cit.*, pp. 302 y 303; Voci, *op. cit.* p. 99; De Martino, *op. cit.* p. 581; Fadda, *op. cit.* p. 107; Robbe, *op. cit.* p. 1117; González Roldán, *op. cit.* pp. 316 a 320.

157. Al respecto Gayo en Inst.2.36 que dice: *Testamento autem scriptus heres...postea vero quam adierit si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post obligationemin iure cedat.*(El heredero instituído en el testamento...si cede después de que haya aceptado, se producen los mismos efectos, que poco antes dijimos respecto al que la herencia pertenece *ab intestato* en base al derecho legitimo). Así también Inst. 3.86. y *Tituli ex corpore Ulpiani* 19.14-15. Recordar la discusión doctrinal existente entre Sabinianos y Proculeyanos en lo referente a la *in iure cessio post aditionem* del heredero necesario apreciada por Gayo en los textos Inst.2.37: *Idem et de necessariis heredibus diversae scholae auctores existimant, quod nihil videtur interesse, utrum (aliquis) adeundo hereditatem fiat heres, an invitus existat; quod quale sit, suo loco apparebit. Sed nostri praeceptores putant nihil agere necessarium heredem, cum in iure cedat hereditatem.* E Inst. 3.87. que dice: *Suus autem et necessarius heres, (item alii qui sunt inter necessarios heredes,) an aliquid agant in iure cedendo quaeritur. Nostri praeceptores nihil eos agere existimant; diversae scholae auctores idem eos agere putant, quod ceteri post aditam hereditatem; nihil enim interest utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat, an iuris necessitate hereditati adstringatur.* (La misma cosa estiman los estudiosos de la escuela contraria también en lo referente a los herederos necesarios, porque no resulta haber diferencia, si alguien al aceptar la herencia se convierta en heredero, o bien sea tal contra su voluntad; y esto como tiene lugar, se observará en el punto correspondiente. Pero nuestros maestros piensan que el heredero necesario no hace nada, cuando ceda *in iure* la herencia. 3.87. El heredero suyo y necesario...se pregunta si haga algo al ceder *in iure.* Nuestros maestros estiman que no haga nada; los estudiosos de la escuela contraria piensan que haga el mismo que hacen todos los otros después de la aceptación de la herencia; puesto que no hay diferencia si alguien se convierte en heredero con la *cretio* o la *pro herede gestio,* o bien sea vinculado a la herencia por la necesidad del derecho). Sobre la presente discusión ver: Falchi, *op. cit.*. pp. 141 a 148 que cita la doctrina al respecto. Del análisis de los textos, Gayo no manifiesta cual de las dos opiniones terminó por prevalecer; por lo que con certeza no podemos manifestar que una u otra corriente haya tenido mayor predominio. No obstante, parecería más probable la hipótesis que los juristas posteriores terminaron por adoptar la solución de los Proculeyanos en base a dos argumentos: a) una argumentación de lógica jurídica, consistente en que otorga una mayor libertad de actuación dentro del derecho hereditario romano, no violándose principio jurídico alguno. *b*) Una argumentación fundamentada en los pocos textos jurídicos posteriores que hablan de la *in iure cessio hereditatis,* limitándose a mencionar los términos *heres institutus* o *heres qui cessit,* sin hacer referencia a posibles diferencias en lo que respecta a los herederos *post aditionem* entre extraños o necesarios.

158. Tal punto será analizado *infra,* cap. 5 § III donde se analizarán los textos más importantes al respecto.Ulpiano, *libro quadragen-*

simo nono ad Sabinum D.18.4.2.20. Y la Constitución de los *Impp. Severus et Antoninus A.A. Geminio* C.4.39.1.

159. Ver Gayo, Inst. 2.35. y 3.85; *Tituli ex corpore Ulpiani* 19.15. Textos expresados en la nota 156.

160. *v.g.* Bonfante, *op. cit.* p. 302, considera que la explicación se debe encontrar en la interpretación de este acto como una renuncia; según Voci, *op. cit.* p. 103, la causa se encuentra en que el cedente ha admitido al tenor del negocio de no ser heredero, por eso no puede exigir las deudas que tiene contra los terceros. La postura que parecería más convincente es la de Ambrosino, que considera que la causa se debe a la naturaleza de la *in iure cessio*, la cual contiene la afirmación implícita o explícita del heredero de la carencia de tal calidad; resultaría por ello claro que los créditos se extinguirían, porque el heredero ha afirmado procesalmente no tener aquel título único que le daría fundamento para exigirlos. El cedente guarda silencio a la pretención del cesionario reconociendo implícitamente el derecho del segundo. El heredero con tal acto efectuaría una renuncia a tal derecho, ocasionando que el cesionario no pudiera exigir a los deudores los créditos respectivos.

161. *Tunc enim in usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire...*(En efecto entonces era en uso que a él, a que la herencia le era "restituída", fuese vendida dicha herencia por ejemplo al precio de una moneda).

162. Al respecto los Fragmentos de Autún 2.67 dicen: *Sicut superius diximus, fideicommissarius apud veteres neque heredis loco erat, neque legatarii, sed emptoris. Nam qui rogabatur hereditatem restituere apud veteres adhibebat quinque testes libripendemque et imaginaria venditione videbatur vendere hereditatem illi fideicommissario* ...(como dijimos anteriormente, en la época de los antigüos juristas se disponía de cinco testigos y de un *libripens* y con una venta imaginaria simulaba vender la herencia a aquel fideicomisario). Ver, v.g., Biondi, *op. cit.*, p. 480, cuya opinión parece compartida por Talamanca, *op. cit.*, p. 355 al decir: "Può darsi che, all'origine, la vendita dell' eredità si attuasse esclusivamente mediante l'impiego di tali *stipulationes*, le quali accompagnassero la *mancipatio* collettiva delle *res hereditariae*.Tal argumentación haría difícil la postura de Valiño, *Los precedentes..., op. cit.* 480 que dice que es difícilmente imaginable una *mancipatio* de toda la herencia.

163. Ver por ejemplo: Gayo, Instituciones 1.113,119; *Tituli ex corpore Ulpiani* 20.2; *Formula Baetica* líneas 3-4 en *FIRA*, vol. 3 p. 296.

164. La primera postura es compartida por Biondi, *op. cit.* p. 480, así también Talamanca, *op. cit.* p. 355. La segunda postura es compartida por Arangio-Ruiz,vol. 1 p. 116; así como Torrent *op. cit.* p. 7.

165. Sobre el cual ver Philippe Meylan, "Nouvelle explication de Celse, D.12.4.16", *IURA*, vol. 20 (1969), p. 295; Talamanca, *op. cit.* p. 350 nota 463.

166. Ver capítulo 4, § I.

167. Ver también la *lex gemina* C.7.10.3. del mismo emperador y año.

168. Ver Arangio Ruiz, *La compravendita op. cit.*, vol I, p. 116; Torrent, *op. cit.*, p. 236 . Talamanca, *op. cit.*, p. 352 parece dudoso sobre el uso de un acto general de transmisión fuera del caso de la *mancipatio* colectiva.

169. Sobre el entiendimento de este concepto se expresa Talamanca, *op. cit.*, p. 349.

170. Cuyo texto en la parte que nos interesa es: *Scevola noster aiebat: si quis iuvenili levitate ductus omiserit vel repudiaverit hereditatem ...si vero iam distracta hereditate et negotiis finitis ad paratam pecuniam laboribus substituti veniat, repellendus est...* (Nuestro Escévola decía: si alguien movido por ligereza juvenil haya omitido o rehusado una herencia...si por el contrario ya vendida la herencia y terminados los negocios consiga el precio obtenido por la fatiga del sustituto, su demanda debe ser rechazada...)

171. *Sed si pretium rei distractae emptori hereditatis dedit* ...(Pero si el <vendedor> ha dado el precio de la cosa vendida al comprador de la herencia...)

172. *Qui in distrahendis conservandisve rebus hereditariis sumptus factus est, imputari heredi debet.* (Los gastos que fueron hechos en vender o conservar las cosas hereditarias deben ser imputados al heredero.)

173. Sobre este punto ver en doctrina Arangio Ruiz, *op. cit.*, vol. I, pp. 168 a 176.

174. Al respecto el texto de Ulpiano, *libro tertio ad Sabinum* D.27.5.3. pr. dice: *Servus alienus vel totus vel pro parte sine libertate heres institui potest.* Como ejemplos de tal principio ver el libro 29.2 del Digesto bajo el título *De adquirenda vel omittenda hereditate,* principalmente los textos 45,47,50,64,68.

175. Respecto a tal obra de Labeón y su comentario por parte de Paulo ver: Mario Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (2a ed. Napoli, ESI, 1982) pp. 169, 361 del mismo autor *Storia del diritto romano*_(3a ed. Roma-Bari, Laterza, 1989) p. 428

176. En doctrina ver: Pringsheim, *op. cit.* pp. 29 y 68 que lo considera bajo el perfil del *id quod actum est.*Peters Hans "Die Ostroemischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten" *Labeo,* vol. 16 (1970), p. 356; Alvaro D'Ors, "Réplicas panormitanas sobre la supuesta *condictio* sin *datio*", *IURA*, vol. 25 (1974), p. 42; Michael J. Rainer, "Zur *locatio conductio:* der Bauvertrag", *ZSS*, vol. 109, (1992); Talamanca, *op. cit.* p. 521 nota 480.

177. Sobre tal obligación ver: capítulo 1 § II y capítulo 4 § III.

178. Sobre tal texto bajo el perfil de los efectos de lo exceptuado ver Talamanca, *op. cit.*, p.352 nota 480.

179. Sobre tales principios ver la traducción de Jorge Adame Goddard, *Libro XVIII del Digesto*, (1a. edición; México, UNAM, 1993) p. 55

180. Así Adame, *ibid.*p.56

181. Sobre tal texto Waldstein, "Konsequenz" *op. cit.*, p. 44; Klingenberg, "Das *Pactum" op. cit.*, p.253; Giaro "De Ponte oder De Monte *op. cit.*, p. 190.

182. En lo referente a tal aspecto ver Pringsheim, *op. cit.*, p. 68.

183. Ver *supra,* cap. I § 2.

184. Sobre este sistema ver *v.g.* Burdese, Istituzioni op. cit., págs. 543 a 544; Marrone, Istituzioni *op. cit.*, pp. 740 a 743; Kaser, Roem. Privatrecht *op. cit.*, vol. I, p. 546; Iglesias, *op. cit.*, p. 460 a 461; y específicamente respecto a las deudas de una herencia vendida Cugia, Spunti storici *op. cit.*, pp. 515 a 516; Talamanca, Vendita *op. cit.*, pp. 354 a 355.

185. Para un análisis de este senadoconsulto y de sus efectos ver: Heinrich Vogt, *Studien zum senatus consultum Velleianum* (s/e; Bonn: Ludwig Rohrscheid Verlag, 1952) pp. 1 a 84; también en *TR,* vol. 35 (1967) pp. 90 a 124; Dieter Medicus, *Zur Geschichte des senatus consultum Velleianum* (s/e; Koln: Bohlau Verlag, 1957) pp. 1 a 140; Manuel García Garrido, *Ius Uxorium* (s/e; Roma-Madrid: Cuadernos del Inst. Jurídico español, 1958) pp. 154 a 159; Alvaro D'ors, "Acerca de las acciones ex s.c. Vellaeiano", *Estudios Jurídicos Alvarez Suárez* (1978) pp. 337 a 351.

186. Como es notorio, fuera de tal caso la defensa judicial de alguien por parte de una mujer era considerada como *intercessio*: ver Ulpiano, *libro vicensimo nono ad edictum* D.16.1.2.5: *Sed et si mulier defensor alicuius exstiterit, procul dubio intercedit: suscipit enim in se alienam obligationem, quippe cum ex hac re subeat condemnationem* (Pero si también una mujer está en juicio para la defensa de alguien, sin duda intercede: en efecto asume una obligación ajena, puesto que en base a esta defensa puede sufrir una condena).

187. Sobre la *petitio hereditatis* ver: Longo, *L' Hereditatis op. cit.*, pp. 1 a 258; Dénoyez, *Le défendeur... op. cit.* pp. 5 a 246; Hans Kreller, "Studien zum Aufbau des Digestentitels *de hereditatis petitione", Studi in onore di Pietro de Francisci,* (1956), vol.3, pp. 287 a 302; Mario Talamanca, *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio* (s/e, Milano, Giuffrè, 1956) pp. 3 a 215; Pietro Bonfante, *Corso di Diritto romano, Le Successioni,* (ristampa della 1a edizione, Milano, Giuffrè, 1974) pp. 529 a 532; Alfredo Calonge, " Los *iuris possessores* legitimados pasivos a la *hereditatis petitio", Estudios en homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suárez,* (1978) pp. 29 a 44.

188. Texto ya mencionado en cap. 2 § III. Además ver Max Kaser, Das Römische Privatrecht op. cit., vol. I, p. 736 y nota 12; Talamanca, *op. cit.*, p. 355 nota 514.

189. Ver *supra*, capítulo 1 § 2.

190. Sobre tal sistema ver Maier, Zur Geschichte der Zession *op. cit.*, pp. 213 a 218; Biondo Biondi, "Cessione di crediti e di altri diritti" en *Novissimo Digesto Italiano* Vol. III (Torino 1959) pp. 152 a 155; Rozwadowski, *op. cit.* , p. 11 a 27; Zimmermann, The law of obligations *op. cit.*, pp. 60 a 63; Burdese, Manuale, *op. cit.*, p. 544; Marrone, *op. cit.* p. 561. Como se sabe, el mayor inconveniente de dicho mecanismo era que únicamente a partir de la *litis contestatio* quedaba independizado el cesionario de la eventual revocación por parte del cedente

191. Ver *supra,*capítulo 1 § 5.b.

192. Respecto a esta reforma ver en doctrina Rozwadowssky, *op. cit.*, pp. 124 a 155.

193. Al respecto ver el *Index interpolationum*, *op. cit.*, vol.1 p.26.

194. Ver Daube, Sale of inheritance, *op.cit.*, pp. 236 a 240; Kaser, Das roemische Privatrecht *op. cit.*, I, p. 654; Torrent, *op. cit.*, p. 215 a 216; Rozwadowski, *op. cit.*, p. 124 a 125; Valiño, *Actiones utiles*, (s/e; Pamplona: Universidad de Navarra, 1974) p. 171; Zimmermann, *op. cit.*, p. 62; Talamanca, *op. cit.*, p.353 a 354.

195. Sobre el empleo del verbo *placere* con tal función ver *v.g.* Ulpiano, *libro primo institutionum* D.1.4.1 pr y Papiniano, *libro septimo decimo quaestionum* D.31.66 pr, con referencia a las constituciones imperiales; Africano, *libro octavo quaestionum* D.12.1.41 y Licinio Rufino, *libro octavo regularum* D.18.1.70, con referencia a los juristas. En doctrina ver: Heumann - Seckel, *Handlexicon zu den Quellen des roemischen Rechts* (Jena 11 ed., Verlag von G. Fischer, 1911) p.432 s.v. *placere*; Forcellini, *Lexicon op. cit.*, p. 689 s.v. *placeo.*

196. Ver Kaser, Roem. Privatrecht *op. cit.*, vol. I, p. 654 nota 19; Talamanca, *op. cit.*, p. 354 nota 504.

197. Tal es la opinión expresada por Talamanca, op. cit., p. 353.

198. V.g. Valiño, *op. cit.*, p. 174, piensa que tal coexistencia duró hasta que llegó un momento en que la mayor ventaja de las acciones útiles acabó por desplazar el régimen del *mandatum in rem suam*, que tenía todos los inconvenientes del mandato. Pero ni el texto de C.4.39.5 ni Ulpiano D.3.3.55, según nuestra opinión, inspirarían la posibilidad de optar por uno u otro medio hasta la desaparición de la representación; sino que, por el contrario, suponen la afirmación de la permanencia aún del *mandatum actionis,* a pesar de la reforma de Antonino Pío para el ejercicio de las acciones *in rem* derivadas de la herencia. Talamanca, *op. cit.*, p. 353 a 354, es de la idea que durante toda la época clásica existiese el concurso entre los dos medios, dependiendo del comprador la elección entre el uno o el otro.

199. Sobre este sentido del término *persecutio* en el presente texto de Ulpiano ver Casavola, *Actio op. cit.*, p. 17; así también Sturm, *Stipulatio Aquiliana, op. cit.* pp. 154 y 155.

200. La expresión *tribuere actionem* en el sentido de acción concedida es frecuente en las fuentes jurídicas (*v.g.* Ulpiano, *libro primo disputationum* D.3.3.28; el mismo, *libro decimo ad edictum* D.3.5.9 (10); Paulo, *libro quinto sententiarum* D.7.1.60 pr). En doctrina ver Heumann - Seckel, *op. cit.*, p. *sub voce: tribuere.*

201. Ver Talamanca, *op. cit.*, p. 350.

202. Los textos de los juristas se encuentran en el Apéndice, mientras el de C. 6.37.2 en el cap. 5 § IV.

203. Tal interpretación puede confirmarse en Bas. 19.4.2 (ed. Heimbach): kai poteCnnCwmevov ton pragmatoV eneCetan o pratehV apo tiuoV faCtou.(*et quando evicta re venditor ex facto quodam teneatur*: y cuando el vendedor, evicta la cosa, es responsable en base a un cierto hecho).

204. Sobre tal texto bajo tal aspecto ver: Andreas Wacke "Zur Causa...", *op. cit.*, p. 246; del mismo autor "Zur Lehre vom *pactum tacitum* und zur Aushilfsfunktion der *exceptio doli", ZSS*, vol. 91 (1974), p. 280; MacCormack, "Custodia...", *op. cit.*, p. 181; Rozwadowsky, "Studi sul trasferimento dei crediti" *op. cit.*, p. 84; Paolo Frezza, "*Responsa* e *Quaestiones*, studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi", *SDHI*, vol.43(1977) p.241 y 242; Max Kaser "*Perpetuari Obligationem", SDHI,* vol. 46 (1980), p. 141; del mismo autor "*Die actio furti* des Verkaeufers", *ZSS,* vol. 96 (1979), p. 117; Stefan Weyand "Kaufverstaendnis und Verkaeuferhaftung" *op. cit.*, pp. 231,236,258,261,264,266; Rolf Knuetel "Die Haftung fuer Hilfspersonen im roemischen Recht", *ZSS*, vol. 100 (1983), p. 376; en la misma revista Eric Pool, "*De minutulis curat philologus:* was *bedeutet videndum/videamus ne?",* p. 456; Pasquale Voci, " *"Diligentia, custodia, culpa.* I dati fondamentali", *SDHI*, vol. 56 (1990). p. 74; también del mismo Knuetel ver: "Zum Nutzungszins", *ZSS*, vol. 105 (1988) p. 525; Talamanca, *op. cit.*, p. 353 nota 496.

205. Ver Glück, *op. cit.*, pp. 697 a 698; Cugia, *op. cit.*, p. 542.

206. Weyand, *op. cit.*, pp. 264 a 269.

207. Sobre la identificación del *eius* del texto con el comprador de la herencia es concorde la doctrina actual: ver Wacke, Zum Lehre von *pactum tacitum op. cit.*, p. 280; Weyand, Kaufverstaendnis *op. cit.*, p. 264; Reichard, Die Frage des Drittschadenersatz *op. cit.*, p. 82.

208. Glück, *op. cit.*, p. 697.

209. Ver *v.g.* Cugia, *op. cit.*, p. 542.

210. Ver Instituciones de Gayo 2.253.

211. Para un análisis profundo de este texto ver *supra,* capítulo II§ 2.

212. La mención completa del texto y su exégesis se encuentran *supra,* cap. 3 § III.

213. Ver Talamanca, *op. cit.*, p 350.

214. En tal sentido: Torrent, *La venta*, *op.cit.*, p. 178, así como Alfredo Calonge, *Evicción* (s/e; Salamanca: Universidad de Salamanca, 1968) p.51; Talamanca, *op. cit.*, p. 350.

215. Sobre el cual ver Arangio-Ruiz, *op. cit.*, vol. II. p.350.

216. Tal ya era la interpretación de la glosa: ver al respecto la glosa *"De evictione"* a D.18.4.2.pr. Las sospechas de interpolación de dicha frase, manifestadas por Cugia, *op. cit.*, p. 539, no son compartidas por la doctrina más reciente: ver Talamanca, *op. cit.*, p. 350.

217. Sobre el regimen derivante de tal edicto ver en doctrina Arangio Ruiz, *op. cit.*, vol. II, p. 361 a 394; Talamanca, *op. cit.*

218. *Sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum; nam si servus cum peculio venierit, ea mancipia, quae in peculio fuerint, sana esse praestare venditor non debet, quia non dixit, certum corpus accessurum; sed peculium tale praestare oportere; et quemadmodum certam quantitatem peculii praestare non debet, ita nec hoc.* (pero ésto es así, si se dijo que una cierta cosa accederá; en efecto si se vende un esclavo con peculio, el vendedor no debe garantizar que son sanos los esclavos, que estuvieron en el peculio, porque no dijo, que una cierta cosa accederá; pero debe tal peculio; y como no debe garantizar una cierta cuantía del peculio, así tampoco ésto.

219. Ver *supra,* cap. 2 §§ I y III.

220. Para los actos dispositivos de bienes hereditarios realizados antes de la venta de herencia, como ventas, donaciones, pago de deu-

das y de legados, ver el régimen indicado por Ulpiano en D.18.4.2.3 (*supra*, cap. 2 § III).

221. *Aristo res quoque corporales contineri ait,ut praedia mancipia vestem argentum, quia et hoc verbum "quantas"non ad numeratam dumtaxat pecuniam referri ex ... stipulationibus emptae hereditatis apparet et "summae" appellatio similiter accipi deberet.*

222. Cuyo texto es: *Si creditor filii tui heredem te instituerit et tu hereditatem eiusvendideris, illa parte stipulationisb"quanta pecunia ex hereditate ad te pervenerit" teneberis de peculio.*

223. *Ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi* (al comprador) *restitueretur.*

224. *Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris ac post debitori eiusdem heres existas, actione ex empto teneberis.* Sobre su análisis ver *infra*, cap. 6 § II.

225. Ver *supra*, párrafo 1 del presente capítulo.

226. *Illud quaesitum est, an venditor hereditatis ob debitum a filio suo qui in potestate eius esset servove ei, cuius hereditatem vendisset, praestare debeat emptori. et visum est, quidquid dumtaxat de peculio filii servive aut in suam rem versum inveniatur, praestare eum debere.* Ver *infra* , cap. 6 § III..

227. *Et Iulianus ... scribit ... heredem* (el vendedor) *tenetur iudicio ex empto, ut praestet actiones suas...*

228. Cuyo texto se encuentra *supra*, capítulo 1 § V.

229. *Los dos textos son mencionados supra*, cap. 1 § III.

230. Cuyo texto es mencionado *supra*, cap. 1 § V.

231. *Sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam quam hereditatis ... si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo videamus ne nihil ttibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci (pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur) et sic sit, quasi alii non vendidissem: tibi enim rem debebam, non actionem. At cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut, si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam* (pero cuando he vendido una herencia y después he vendido una cosa de ésta puede resultar que haya realizado un negocio del comprador más que de la herencia ... si te he vendido el mismo esclavo y todavía no entregado lo he vendido también a otro y he recibido su precio, muerto él, no te debo nada en base a la acción de compra, porque no hice mora en la entrega (puesto que el precio del esclavo vendido se percibe no en base a su valor, sino en base al negocio) y es como si no lo hubiese vendido a otro: en efecto te debía la cosa y no la acción. Pero cuando

es vendida una herencia, resulta que se haya tácitamente hecho que, si hizo algo como heredero, lo debo prestar al comprador, como si celebrase un negocio de aquél). Sobre el presente punto ver Talamanca, *op. cit.*, p. 350.

232. Respecto a tal texto bajo el perfil de la responsabilidad ver *infra*, capítulo 7 § II.

233. Ver en doctrina Torrent, op. cit., p. 175 que analiza el texto como exoneración de responsabilidad del vendedor en determinados casos; Talamanca, *op. cit.*, p. 353.

234. Sandro Schipani, *Responsabilitá del convenuto per la cosa oggetto di azione reale* (s/e Torino, Giappichelli, 1971), p. 167 nota 8.

EL ACREEDOR EXTRANJERO ANTE LOS JUICIOS CONCURSALES

Miguel Ángel HERNÁNDEZ ROMO

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *Principios jurídicos*. 3. *Tratamiento a los juicios concursales extranjeros*. 4. *Normas reguladoras de los concursos mercantiles*. 5. *Tribunales competentes*. 6. *La* par conditio creditorum. 7. *La notificación*. 8. *Créditos en moneda extranjera*. 9. *Presentación a juicio*. 10. *Garantías en el extranjero*. 11. *Tiempo vs dinero en el procedimiento concursal*. 12. *Recomendaciones*. 13. *Nuevas perspectivas*.

1. INTRODUCCIÓN

El inversionista extranjero domiciliado fuera de la República Mexicana muestra cada día mayor interés en conocer los riesgos de su inversión crediticia en México, ante el incremento de los juicios concursales.

Las presentes notas tienen como objeto mencionar algunos de los temas que consideramos pueden llamar la atención de esos acreedores.

Hay dos hechos incontrovertibles en relación a los problemas transnacionales concursales: por una parte, constatamos que el mundo de los negocios traspasa las fronteras de cada país y se proyecta a dos o más países. Basta observar el mundo de los inversionistas, el de los proveedores de materias primas o de servicios y el de las empresas transnacionales, para constatar tal hecho. Por otra parte, existe una marcada norma concursal territorialista que pretende resolver todos los problemas jurídicos en la quiebra y en la suspensión de pagos, como se puede constatar en el artículo 14 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

En efecto, la norma citada expresa: "Salvo lo establecido en las convenciones y convenios internacionales, las sentencias de quiebras dictadas en el extranjero no se ejecutarán en la República, sino después de comprobada la regularidad formal de las mismas y que han reconocido la existencia de los supuestos exigidos por esta ley para la declaración de quiebra.

Los efectos de la declaración de quiebra quedarán sujetos a las disposiciones de esta ley."

Ante este panorama, el estudioso del Derecho se encuentra con un serio problema jurídico para resolver los problemas extraterritoriales con una ley territorial, toda vez que no existe convenio internacional al respecto, en que México sea parte.

2. Principios jurídicos

Dos principios jurídicos constituyen la base de todo juicio concursal: el Principio de la Unidad y el Principio de la Universalidad.[1]

En virtud del Principio de la Unidad, un sólo juez controla todo lo relativo a los derechos y obligaciones de la masa concursal.

En virtud del Principio de la Universalidad, todos los bienes de la masa concursal se encuentran sujetos al control del único órgano jurisdiccional, independientemente de la ubicación de tales bienes en el mundo entero. De aquí proviene el Principio de Atracción, porque el juicio concursal es atractivo, atrae todos los demás procedimientos que afectan los bienes de la masa. Es evidente que este principio jurídico tendrá efectividad en tanto que los sistemas jurídicos de otros países y los jueces de otros países respeten tal principio.[2]

1 Rodríguez y Rodríguez, Joaquín *Derecho Mercantil II*, Editorial Porrúa, 1974. p. 299.
2 Cervantes Ahumada, Raúl. *Derecho de Quiebras*, Editorial Herrero, 1970. p. 31.

3. Tratamiento a los juicios concursales extranjeros

Aunque el jurista mexicano está convencido de que tales son los principios que regulan la problemática concursal, sin embargo en el sistema jurídico mexicano, en principio no se reconoce eficacia jurídica a los juicios concursales del extranjero, como se puede constatar por la disposición contenida en el artículo 14 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, ya transcrito.

4. Normas reguladoras de los concursos mercantiles

Las normas que regulan la materia concursal mercantil están contenidas en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de abril de 1943. Pero cabe apuntar que también son aplicables a la materia concursal procesal múltiples disposiciones del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de los Códigos de Procedimientos Civiles Estatales (artículo 6 transitorio de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos). Asimismo en materia concursal sustantiva son aplicables múltiples disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal (hipotecas), de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (prendas, fideicomisos) y del Código de Comercio (contratos mercantiles). La Ley de Amparo también tiene continua aplicación en los juicios concursales, tomando en consideración que tanto los acreedores como el deudor común pueden impugnar cada resolución judicial y lo hacen primero a través de la apelación o de la revocación, según el caso; y luego, a través del juicio de amparo, sea uni-instancial o bi-instancial, según el caso, fomentándose de esa manera algunos juicios que sólo llegan a su fin, después de prolongados periodos de tiempo. Héctor Fix Zamudio sobre este particular expone:

> ...con apoyo en el cuarto párrafo del artículo 14 constitucional, que se refuerza con la invocación del artículo 16, en cuanto exige que todo acto de autoridad competente debe constar por escrito y estar debidamente fundado y motivado, actualmente se

> impugnan todas las relaciones judiciales de todos los jueces y tribunales del país ante los tribunales federales por conducto del juicio de amparo, que de esta manera no sólo procede por violaciones directas a los derechos fundamentales realizadas por cualquier autoridad, sino también cuando se infringen disposiciones legales secundarias y aun reglamentarias, con lo cual se ha establecido un recurso de casación federal, que por ello recibe el nombre de *amparo judicial* o *amparo casación*.[3]

Es fácil constatar que tenemos una Ley de Quiebras del siglo XX aplicada con criterios del siglo XIX y que existen algunos litigantes con mentalidad del siglo XXI que se aprovechan de esta situación.

5. Tribunales competentes

La materia concursal, aunque federal, es de jurisdicción concurrente en virtud de lo dispuesto en el artículo 104 de la Constitución. Es decir, pueden ser jueces en la quiebras y suspensiones de pagos, tanto los jueces civiles federales, como los jueces civiles locales.

En la Ciudad de México existen dos juzgados de lo concursal, dedicados exclusivamente a esa problemática, y son los únicos tribunales locales que tienen competencia sobre esta materia en el Distrito Federal.

En los Estados de la República Mexicana no existen jueces especializados en esa materia y tienen competencia para conocer de la materia concursal los jueces de primera instancia en materia civil.

6. La *par conditio creditorum*

Con base en el principio de la *par conditio creditorum* los acreedores extranjeros reciben el mismo trato jurídico que los

3 Fix Zamudio, Héctor. Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*". Tomo I novena edición. Porrúa, 1992. p. 137.

acreedores nacionales. Es decir, no existe discriminación alguna por razón de la nacionalidad del acreedor.

Sin embargo, ambos acreedores comunes nacionales y extranjeros, están subordinados en el cobro de sus créditos, a las prioridades establecidas en las leyes mexicanas que otorgan preferencia en el pago, a los créditos laborales, a los créditos fiscales, a los créditos con garantía real.

7. La notificación

Cuando se decreta una quiebra o una suspensión de pagos el acreedor extranjero debe estar en posibilidad de conocer ese hecho, para estar en aptitud de hacer valer sus derechos ante el tribunal concursal.

Sin embargo, en muchos casos esto se hace imposible por la deficiencia del sistema de notificar la sentencia correspondiente.

La ley ordena que la notificación se haga a los acreedores por medio del Diario Oficial de la Federación y de uno de los periódicos de mayor circulación. Pero esos medios de publicación tienen circulación dentro de la República Mexicana y a los cuales no tienen fácil acceso las personas que viven en el extranjero. Y aunque la ley obliga la notificación personal a los acreedores que están en el extranjero, tal obligación sólo se aplica a los de domicilio conocido y tal conocimiento es muy relativo.

Es pertinente aclarar que si el acreedor con privilegio hipotecario *no reclama su crédito dentro del plazo concedido* para ello (45 días hábiles, posiblemente adicionados por varios días más, a criterio judicial) pierde su privilegio hipotecario.

8. Créditos en moneda extranjera

En virtud de una reciente jurisprudencia de un Tribunal Colegiado de Circuito, los créditos en moneda extranjera se convierten, para su pago, a moneda nacional, al tipo de cambio de la fecha en que se decretó la suspensión de pagos.

Dicha jurisprudencia se integra en la siguiente forma:

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 1197/88.S/N.17.10.88. Unanimidad de votos. Ponente:
Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Secretario: José Vicente Peredo.
Precedentes:
Amparo directo 1202/88.S/N.17.10.88. Unanimidad de votos. Ponente:
Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Secretario: José Vicente Peredo.
Amparo directo 1207/88.S/N.17.10.88. Unanimidad de votos. Ponente:
Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Secretario: José Vicente Peredo.
Amparo directo 1212/88.S/N.17.10.88. Unanimidad de votos. Ponente:
Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Secretario: José Vicente Peredo.
Amparo directo 1222/88.S/N.17.10.88. Unanimidad de votos. Ponente:
Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Secretario: José Vicente Peredo.

APÉNDICE. INFORME 1988. TERCERA PARTE. TRIBUNALES COLEGIADOS. PÁG. 257.
APÉNDICE. GACETA DEL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, No. 10-12 NOVIEMBRE-DICIEMBRE 1988. PÁG. 113.

Tal disposición jurisprudencial se dictó, a pesar de lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley Monetaria, que establece:

> La moneda extranjera no tendrá curso legal en la república, salvo en los casos en que la ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago...

En esta condiciones, los créditos en moneda extranjera convertidos a moneda nacional quedan expuestos a las posibles devaluaciones futuras de la moneda nacional, así como a las eventuales inflaciones de la economía doméstica.

Cabe comentar, que los créditos comunes, desde el momento en que se dicte el decreto de suspensión de pagos, dejan de producir intereses.

9. Presentación a juicio

La demanda de reconocimiento de crédito de un acreedor requiere la presentación de múltiples documentos que deben ser presentados originales o copia certificada de los mismos y todos ellos en idioma español o traducidos al español.

Dichos documentos que deben presentarse al tribunal, son todos los relativos al crédito y además un documento que contiene el poder que se otorgue a la persona que va a formular la demanda respectiva. Si el poder proviene del extranjero debe ejecutarse conforme a las pautas contenidas en el protocolo de Washington.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 222 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, la demanda debe formularse como lo ordena el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 225, el cual establece:

> Toda contienda judicial principiará por demanda, en la cual se expresarán:
>
> I. El tribunal ante el que se promueve;
> II. El nombre y apellidos del actor y el domicilio que señale para oír notificaciones;
> III. El nombre del demandado y su domicilio;
> IV. El objeto u objetos que se reclamen con sus accesorios;
> V. Los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición.

De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos.
Asimismo debe numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión.
VI. Los fundamentos de derecho y la clase de acción, procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables;
VII. El valor de lo demandado, si de ello depende la competencia del juez, y
VIII. La firma del actor, o de su representante legítimo. Si éstos no supieren o no pudieren firmar, pondrán su huella digital, firmando otra persona en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias.

10. Garantías en el extranjero

En muchos casos, aunque el procedimiento concursal se ventile en México, existen garantías reales en el extranjero, a favor del acreedor, el cual pretenderá ejercerlas cuanto antes y al margen del procedimiento concursal.

En virtud de los principios de unidad y universalidad ya mencionados, los procedimientos para la ejecución de las garantías o en su caso, el producto de los mismos, deben acumularse al procedimiento concursal que se desarrolla en México, en virtud de la atracción del procedimiento concursal. Por supuesto que la efectividad de estos principios dependerá del respeto que de los mismo tengan los sistemas jurídicos extranjeros, en los que se encuentren tales garantías y del criterio judicial de los jueces extranjeros que conozcan de tales garantías.

11. Tiempo vs dinero en el procedimiento concursal

Dos valores están en juego en todo procedimiento concursal: tiempo y dinero.

Por una parte, el deudor común trata de estirar el mayor tiempo posible para el cumplimiento de sus obligaciones, en busca de evitar las presiones de sus acreedores y lograr un alivio a tales presiones.

Por otra parte, el acreedor trata de cobrar su crédito, lo antes posible, para evitar su corrosión ante las devaluaciones, inflaciones y deterioro del valor de los bienes del deudor, con el transcurso del tiempo.

Ante este binomio de valores ubicados en los polos opuestos, el acreedor se pregunta ¿Cuándo podré cobrar? La respuesta no es fácil. La experiencia nos muestra que muchos procedimientos concursales pueden durar 2-3 años. Pero, los hay que duran hasta 10-15 años.

12. Recomendaciones

Cuando el deudor obra de mala fe y recurre al procedimiento concursal para burlar los intereses de sus acreedores, éstos pueden ejercitar todos sus derechos, incluyendo las presiones de índole penal. Ello requerirá un esfuerzo mayor que el usual y exigirá la erogación de gastos adicionales, cuyo empleo no resulta muy convincente para el acreedor que piensa que "no hay que meter dinero bueno al malo".

13. Nuevas perspectivas

Los puntos mencionados presentan un panorama desalentador para muchos inversionistas, que sin quererlo enfrentan un problema concursal.

Pero, los nuevos retos requieren de nuevas y apropiadas soluciones. México es un país en desarrollo que requiere de la inversión extranjera y por ello debe de emprender las reformas pertinentes de aquellas reglas que constituyan obstáculos para tal inversión, dentro del marco que constituyen los principios jurídicos fundamentales del orden público mexicano.

Cabe apuntar que el mismo gobierno mexicano interviene en muchos casos críticos en busca de soluciones paraconcursales, satisfactorias, como recientemente lo hizo a través de la UCABE, que ha logrado la solución de muchos casos concursales.

COMENTARIOS ACERCA DE LA REESTRUCTURACIÓN DE CRÉDITOS EMPRESARIALES

Gerardo LOZANO ALARCÓN

SUMARIO: 1. *Estructura de la reestructuración de créditos*. 2. *Reestructuración versus financiamiento*. 3. *Reconocimiento de adeudo*. 4. *Condiciones previas*. 5. *Sustitución de la moneda del contrato*. 6. *Obligaciones de hacer y de no hacer*. 7. *Cláusulas de "Desastre"*. 8. *Garantías*. 9. *Dación en pago*.

INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años, a raíz de las diversas crisis económicas que ha padecido nuestro país, quienes en el ejercicio independiente de nuestra profesión hemos tenido la oportunidad de participar en los variados esquemas que se han implementado tendientes a la renegociación de las deudas a cargo de empresas y en favor de entidades financieras del país y del exterior, hemos vivido muchas experiencias; en algunos casos amargas y difíciles, y en otros satisfactorias, pero en cualquier caso, sumamente interesantes.

No cabe duda de que las crisis económicas, y especialmente la surgida del "error de diciembre", nos han obligado a ser más creativos como abogados, pero también nos han enseñado que esa creatividad tiene un límite, en algunos casos derivados de la legislación vigente —obsoleta en ocasiones— y en otros derivados del nivel de algunos órganos de nuestro poder judicial que, desafortunadamente, está por debajo del que se exige en un país que requiere de una profunda modernización.

En el presente artículo no pretendo analizar detalladamente las instituciones jurídicas —principalmente mercantiles— que requieren una modificación; tampoco pretendo hacer un estudio exhaustivo de todos los problemas legales o discusiones que

se han presentado a lo largo de las negociaciones e implementaciones de las reestructuraciones de adeudos privados. La intención de este trabajo es simplemente dar un panorama general de la estructura básica de una reestructuración de créditos con algunas de sus modalidades, mencionando algunos de los problemas surgidos y de las discusiones suscitadas, que en mi concepto merecen atención, sin pretender que el lector vaya a encontrar todos los problemas o discusiones que se han presentado en este tipo de negocios jurídicos.

1. Estructura de la reestructuración de créditos

1.1 *Objeto*

Es evidente que la reestructura de un crédito tiene como finalidad renegociar los términos y condiciones conforme a los cuales se concedió el crédito original, con el fin de que el deudor esté en posibilidad de pagarlo. Sobra decir que el elemento más importante de una reestructuración de crédito es el mayor plazo que se le conceda al acreditado para pagar el mismo.

En términos generales el convenio de reestructuración debe contener por lo menos, los elementos que se enuncian en los incisos *a*), *b*), y *h*), en ocasiones, los que se enuncian en los demás incisos:

a) reconocimiento del crédito insoluto por parte de la acreditada;

b) la reestructuración en sí misma, es decir, la obligación de pago del crédito en un plazo mayor al que se tenía originalmente;

c) condiciones previas o precedentes;

d) la sustitución de la moneda del contrato, de pesos a alguna divisa o viceversa, o bien a UDIS;

e) obligaciones de hacer y de no hacer que no estaban contempladas en la documentación original o modificaciones a las que ya estaban, dependiendo de las circunstancias de cada caso;

f) garantías, ya sea personales o reales;

g) daciones en pago;

h) causas de vencimiento anticipado del crédito.

2. Reestructuración versus refinanciamiento

Primero que nada debemos distinguir lo que es una verdadera reestructuración de crédito de un refinanciamiento, ya que en múltiples ocasiones estos dos conceptos han sido confundidos.

No cabe duda que en ambos casos la finalidad es la misma, establecer las condiciones reales que permitan al acreditado pagar el crédito original, y tal vez por ello se han llegado a confundir estos conceptos. Lo que de hecho ha sucedido es que cuando ha existido un verdadero nuevo financiamiento, se ha pensado que se trata de una reestructuración, con las consecuencias jurídicas que esta confusión puede traer.

El refinanciamiento necesariamente implica la apertura de un nuevo crédito cuyo único y exclusivo destino es el pago del crédito original, incluyendo en esa nueva apertura de crédito las condiciones de pago que le permitan al deudor liquidarlo. En un refinanciamiento no estamos ante un simple convenio modificatorio que altera los términos y condiciones originalmente pactados, sino ante una verdadera novación del crédito original, en virtud de la cual se extingue dicho crédito y se crea una nueva obligación que es la nueva apertura de crédito, atento a lo dispuesto en el artículo 2213 del Código Civil para el Distrito Federal ("CC").

> Artículo 2213. Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva a la antigua.

En este sentido, se debe ser muy cuidadoso cuando existen garantías, ya que éstas se extinguirán al momento en que se extinga el crédito original.

Algunos colegas han manifestado su legítima preocupación de que la reestructuración de crédito, dadas las alteraciones substanciales que se llevan a cabo en algunas ocasiones (modi-

ficaciones de plazo, moneda, obligaciones de hacer y no hacer, garantías, etc.), pueda ser considerada como una verdadera novación, lo que pondría en riesgo las garantías que se pretendan mantener vigentes. En relación con este punto, debemos recordar que conforme a lo dispuesto en el artículo 2215 del CC, la novación nunca se presume, debe constar expresamente, de manera que si las partes no convienen expresamente en la extinción de la obligación antigua (crédito original) y la creación de una nueva obligación —como sucedería en el refinanciamiento— no puede existir novación, y menos aún cuando las partes de manera expresa establecen en el propio convenio que éste no implica una novación.

> Artículo 2215. La novación nunca se presume, debe constar expresamente.

En base al principio consignado en el artículo 78 del Código de Comercio ("Cco") que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos, si las partes no expresaron su clara voluntad de sustituir una obligación antigua por una nueva y en cambio manifiestan su voluntad de modificar el contrato original, no existe novación.

> Artículo 78. En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

Lo anterior lo confirma la siguiente jurisprudencia:

> NOVACIÓN. Nunca se presume; está sujeta a las condiciones de todos los contratos y a las disposiciones expresas de la ley. La novación del contrato sólo existe, cuando de manera clara aparece la intención de cambiar por otra la obligación primitiva.
>
> Quinta Época:
>
> Tomo II, pág. 452. Amparo civil. Escalante Lara Herminia. 11 de febrero de 1918. Unanimidad de once votos.
>
> Tomo VII, pág. 1290. Amparo civil directo. Castaños Manuel. 22 de octubre de 1920. Unanimidad de diez votos.
>
> Tomo XVI, pág. 1227. Amparo civil directo. Machado de García Cuéllar Pomposa. 3 de junio de 1925. Unanimidad de diez votos.
>
> Amparo civil directo 2821/21. Espejo Guillermo y Vázquez del Mercado de Espejo María. 22 de octubre de 1927. Mayoría de nueve votos.
>
> Amparo civil en revisión 377/29. Ibarra Felipe, suc. de 14 de junio de 1929. Cinco votos.

De lo anterior se desprende que no basta que las partes alteren sustancialmente los términos y condiciones del crédito original, sino que se requiere que éstas convengan expresamente en sustituir la obligación antigua por una nueva.

3. RECONOCIMIENTO DE ADEUDO

En cuanto al reconocimiento del adeudo, cabe mencionar que generalmente el deudor no sólo debe el crédito total o parcialmente, sino intereses ordinarios y a veces moratorios. En la mayoría de los casos, los intereses debidos y no pagados se capitalizan, de conformidad con lo que establece el artículo 363 del Cco.

> Artículo 363. Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos.

En algunas ocasiones, ya sea por desconocimiento o de manera dolosa, se ha pretendido poner en tela de juicio la validez del pacto de capitalización de intereses, tratando de argumentar que dicha capitalización constituye un pacto de anatocismo. Al respecto debemos decir que en la medida en que los intereses se encuentren vencidos, no existe razón alguna para pensar que la capitalización de que se trate sea violatoria de la

ley. Dicha capitalización de intereses de ninguna manera implica un pacto de anatocismo, ya que éste presupone el acuerdo de las partes de capitalizar los intereses de antemano, es decir, antes de su vencimiento. En las reestructuraciones de crédito, los intereses que se capitalizan se encuentran vencidos.

La capitalización de intereses ha dado lugar a acciones judiciales claramente infundadas de parte de algunos deudores deshonestos que, desafortunadamente, han tenido eco en algunos tribunales de nuestro país, como es el caso reciente de un tribunal en la ciudad de Puebla, que accedió a la suspensión de un procedimiento de ejecución de un fideicomiso de garantía, por la supuesta existencia de un pacto de anatocismo.

La capitalización de intereses también ha ocasionado un problema desde el punto de vista fiscal, en los casos de intereses pagados a entidades financieras del exterior, ya que la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR) establece en su artículo 144 párrafo cuarto que el retenedor del impuesto está obligado a enterar una cantidad equivalente a la que debió haber retenido en la fecha de exigibilidad de dichos intereses aunque éstos no hayan sido pagados en dicha fecha. Lo anterior significa que, al vencer los intereses, el retenedor, es decir el acreditado, tiene que enterar el impuesto sobre la renta (conocido comúnmente como "withholding tax") no obstante que las partes acuerden al momento del vencimiento que éstos se capitalicen.

> Artículo 144. ...
>
> Cuando en los términos de este Título esté previsto que el impuesto se pague mediante retención y la contraprestación no se hubiere efectuado en la fecha de su exigibilidad, el retenedor estará obligado a enterar una cantidad equivalente a la que debió haber retenido en la fecha de la exigibilidad. Tratándose de contraprestaciones efectuadas en moneda extranjera, el impuesto se enterará haciendo la conversión a moneda nacional en el momento en que sea exigible la contraprestación.

Es evidente que esta situación elevaría el costo de la reestructuración, por la doble tributación que se generaría, ya que se estaría pagando el impuesto sobre el monto de intereses vencidos y capitalizados que obviamente no son pagados al acreedor, y posteriormente sobre los intereses que genere el monto capitalizado compuesto por una cantidad que ya pagó el impuesto.

Para evitar este problema se ha planteado la posibilidad de que los intereses se capitalicen un día antes de su vencimiento, sin embargo, nos encontramos con la limitante del artículo 363 del Cco que permite la capitalización hasta que los intereses se encuentren vencidos.

Hasta ahora no se ha encontrado una solución satisfactoria a este problema y probablemente la única alternativa sea obtener una resolución particular de las autoridades fiscales correspondientes, en los términos del artículo 34 del Código Fiscal de la Federación.

> Artículo 34. Las autoridades fiscales sólo están obligadas a contestar las consultas que sobre situaciones reales y concretas les hagan los interesados individualmente; de su resolución favorable se derivan derechos para el particular, en los casos en que la consulta se haya referido a circunstancias reales y concretas y la resolución se haya emitido por escrito por autoridad competente para ello.

4. Condiciones previas

Un tema que ha pasado desapercibido desde el punto de vista jurídico, es el tema de las llamadas "condiciones previas" o "condiciones precedentes" para la eficacia de la reestructuración de que se trate.

Normalmente, para que la reestructura pueda surtir plenamente sus efectos, se requiere la entrega y cumplimiento de una serie de documentos y actos respectivamente. Lo anterior es el resultado de nuestra tendencia de imitar —para bien o para mal— los usos del derecho anglosajón en materia de contratos de financiamiento. Los llamados "conditions precedent"

han sido caracterizados en nuestro país como verdaderas condiciones suspensivas, en los términos del artículo 1939 del CC.

> Artículo 1939. La condición es suspensiva cuando de su cumplimento depende la existencia de la obligación.

Generalmente las partes suscriben el convenio de reestructuración, pero su eficacia se sujeta a la entrega por parte del deudor de, por ejemplo, escritura constitutiva y sus reformas, poderes, estados financieros, etc.; por otra parte también se sujeta a ciertos actos que debe realizar el deudor, dependiendo del negocio de que se trate, tales como la firma de una escritura de hipoteca o de un contrato de fideicomiso.

Como dije antes, estas condiciones deben ser tratadas como verdaderas condiciones suspensivas de cuyo cumplimiento depende la existencia de la obligación, de conformidad con lo que establece el artículo antes citado.

El problema se puede presentar si las condiciones de que se trate depen-den exclusivamente de la voluntad del deudor, ya que se podría interpretar que éstas constituyen verdaderas condiciones potestativas que traerían como consecuencia la nulidad de la obligación condicional, de acuerdo con lo que establece el artículo 1944 del CC.

> Artículo 1944. Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula.

Si bien es cierto que a primera vista se podría llegar a la conclusión de que algunas de estas condiciones son potestativas, también lo es que el caso que se analiza no actualiza el supuesto previsto en dicha disposición. En efecto, el supuesto que prevé la disposición citada se refiere a la situación que implica que se deje el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, sin embargo, en el caso que nos ocupa la reestructuración surtirá efectos al cumplirse las condiciones, en beneficio del propio deudor; caso distinto sería el que la reestructuración surtiera sus efectos dependiendo de la exclusiva voluntad del acreedor, en donde sí estaríamos ante una condición potestativa, ya que el cumplimiento del convenio dependería de una sola parte. Lo que la ley sanciona con nulidad es que dependa exclusivamente de la voluntad del deudor el cumplir con su obligación, pero aquí no se trata de que el cumplimiento de la obligación del deudor dependa de su voluntad, por el contrario, si se cumplen las condiciones, aunque algunas de éstas dependan solamente de él, tendrá derecho a que se le reestructure su crédito, es decir, en este sentido es el deudor acreedor de la institución acreditante. Distinto sería el caso si la obligación de pago del crédito reestructurado a cargo del deudor se sujetara a condiciones que dependieran enteramente de la voluntad de dicho deudor.

5. Sustitución de la moneda del contrato

Aunque no es una práctica muy común, a veces se conviene en que la moneda del crédito original sea sustituida por otra. Por ejemplo, pensemos en un deudor que obtuvo una serie de créditos en pesos y en dólares por parte de la misma institución. Desde el punto de vista financiero, probablemente le convenga al cliente reestructurar sus adeudos consolidando éstos en pesos o en dólares, de manera que todos los créditos que tenía en distintas monedas se conviertan en uno solo y en una misma moneda.

En este caso, primero que nada el deudor tendría que hacer el reconocimiento de sus diferentes adeudos y después convenir en su consolidación y conversión a una sola moneda.

Supongamos que los créditos originales estaban denominados en pesos y éstos son convertidos a dólares. Aquí podría surgir un grave problema ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 4º transitorio de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos (LM) promulgada el 25 de julio de 1931 y 9º transitorio de la ley del 26 de abril de 1935, modificatoria de la primera, si el deudor comprueba que lo que recibió fue moneda nacional, entonces tendrá derecho a pagar el crédito denominado en moneda extranjera a su equivalente en pesos al tipo de cambio de la fecha en que se hubiere efectuado

la conversión y no al tipo de cambio de la fecha de pago del crédito como lo dispone el primer párrafo del artículo 8º de la LM.

> Artículo 4º transitorio. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán en los términos del artículo octavo de esta ley, a menos que el deudor demuestre, tratándose de operaciones de préstamo, que la moneda recibida del acreedor fue moneda nacional de cualquier clase, o que, tratándose de otras operaciones, la moneda en que se contrajo originalmente la obligación fue moneda nacional de cualquier clase; en estos casos, las obligaciones de referencia se solventarán en monedas nacionales, en los términos de los artículos cuarto y quinto de esta ley, respectivamente, al tipo que se hubiere tomado en cuenta al efectuarse la operación para hacer la conversión de la moneda nacional recibida a la moneda extranjera o, si no es posible fijar ese tipo, a la paridad legal.
>
> Artículo 8º. La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la Ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago.

Evidentemente que este riesgo cambiario que la ley transfiere al acreditante en beneficio de la acreditada, supone que la obligación de pago en moneda extranjera deba ser cumplida en México, de manera que si las partes claramente convinieron que el pago se efectúe fuera del territorio mexicano, entonces no se actualizaría el supuesto que prevén dichas disposiciones transitorias.

La aplicación de estas disposiciones transitorias ha dado lugar a discusiones. Como dice el licenciado Francisco Borja Martínez: "las ventajas que el acogerse a estas disposiciones tiene para los obligados en divisas y, en consecuencia, los inconvenientes que su aplicación presenta para los respectivos acreedores, han suscitado y suscitan frecuentes controversias de carácter jurídico en cuanto a la vigencia, en el tiempo, de tales artículos."[1]

La discusión se ha centrado en determinar si dichas disposiciones son verdaderamente transitorias o deben ser consideradas permanentes. Sin entrar en análisis del tema, ya que éste ha sido tratado de una manera inmejorable por el licenciado Francisco Borja en su artículo citado (por lo que sugiero su lectura a quienes tengan interés en ahondar en el mismo), baste decir aquí que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado en forma reiterada que dichas disposiciones son permanentes. Asimismo, la mayoría de los autores que se han ocupado del tema apoyan dicho criterio.

A propósito del criterio de nuestro máximo tribunal, a continuación transcribo una de las tesis más recientes en relación con estas disposiciones.

> OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA, SU CUMPLIMIENTO TRATÁNDOSE DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO. Tratándose de arrendamiento financiero, como esta operación supone necesariamente un financiamiento o erogación por parte del arrendador; cuando se demuestra que esta erogación para la adquisición de los bienes materia del arrendamiento o el pago del precio de los mismos se hizo en moneda nacional, es de estimarse que las obligaciones derivadas de ese pacto, originalmente, fueron contraídas en tal moneda, no obstante que el contrato o los títulos de crédito respectivos se hayan firmado en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica; en cuyo caso, el arrendamiento deudor debe solventar dichas obligaciones en moneda nacional, al tipo de cambio que se haya tomado en cuenta o que haya estado vigente al celebrarse la operación correspondiente.

1 *Cfr.*, su artículo publicado en el *Homenaje a Manuel Borja Martínez*, México, Porrúa, 1992, pág. 43.

Amparo directo 12098/84. "Salomón Issa Murra y Combugas, S. A.", 19 de febrero de 1987. Unanimidad de 4 votos.
Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretario: Waldo Guerrero Lázcarez.
Precedente:
Amparo directo 1149/82. "Kenworth Mexicana, S. A. de C. V.", 22 de noviembre de 1982. Unanimidad de 4 votos.
Ponente: Gloria León Orantes. Secretario: Marco Antonio Rivera Corella.
Informe 1987. Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Salas y Sala Auxiliar.
Segunda parte, pág. 283.

En relación con las reestructuraciones en UDIS, en vista de que su estudio requería un espacio mayor que el del presente trabajo, recomiendo a quienes tengan interés en conocer a fondo el tema, la lectura del estupendo artículo escrito por Jorge Gaxiola Moraila y Jaime Cortés Rocha en la Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho.[2]

6. Obligaciones de hacer y no hacer

Por lo general disminuye el riesgo de crédito si se establecen en el convenio de reestructuración ciertas obligaciones de hacer y de no hacer a cargo del deudor, las cuales, en términos generales, tienen como propósito limitar su actuación financiera y/o legal, teniendo en consecuencia el acreedor un mayor control de la empresa del deudor, lo que evitará una desviación de fondos a actividades no productivas y una estabilidad corporativa que tendrá como resultado el éxito de la reestructuración.

Es evidente que las obligaciones que se impongan al deudor dependerán de la naturaleza de la actividad que desarrolle y de la situación financiera que tenga.

2 Gaxiola Moraila, Jorge y Jaime Cortés Rocha, "Comentarios al decreto que crea las unidades de inversión (UDIS)", núm. 19, 1995, pp. 119-147.

No existe una lista preestablecida que nos indique cuáles son las obligaciones que deba cumplir un deudor en una reestructuración de créditos, sin embargo, existen algunas que son comunes a la mayoría de los convenios. Cabe mencionar que la inclusión de estas obligaciones no es novedosa y menos privativa de esta clase de operaciones, dichas obligaciones son comunes en cualquier operación de financiamiento por razones obvias.

Entre las obligaciones más comunes se pueden mencionar las siguientes:

a) Obligaciones de carácter financiero, en las que se incluyen desde aquellas concernientes a la entrega de información financiera periódica, hasta aquellas que imponen restricciones a la operación financiera tales como proporciones que se deben guardar entre el capital y el pasivo de la empresa o limitaciones a la inversión en activos.

b) Obligaciones de carácter legal, incluyendo la restricción en cuanto a pago de dividendos, modificación del objeto social, fusión o escisión, creación de gravámenes sobre los activos de la empresa etc.

En cuanto a estas obligaciones, se debe asegurar que las mismas sean válidas conforme a la ley que rija el convenio, ya que como veremos a continuación, algunas pueden estar afectadas de nulidad.

Conforme al artículo 198 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), es nulo todo convenio que restrinja la libertad del voto de los accionistas. En este sentido, cualquier obligación a cargo de la sociedad que implique la restricción de esa libertad del voto de los accionistas será nulo.

> Artículo 198. Es nulo todo convenio que restrinja la libertad del voto de los accionistas.

Si analizamos las obligaciones más comunes que asumen los deudores en los convenios de reestructuración, nos encontraremos que algunas de ellas restringen la libertad del voto de los

accionistas. Por ejemplo, si se pacta que la sociedad no podrá modificar su objeto social, este convenio sin lugar a dudas restringe la libertad del voto de los accionistas, ya que solamente una asamblea extraordinaria (artículo 182 fracción IV de la LGSM) puede tomar la resolución de modificar el objeto de la sociedad, de manera que los accionistas ya no tendrían la libertad de votar en el sentido que quieran. Independientemente de que los accionistas en pleno ejercicio de su derecho de voto er una asamblea extraordinaria de accionistas decidan libremente votar en contra de la modificación del objeto de la sociedad el pacto en sí mismo implica la restricción de la libertad del voto de los accionistas y por lo tanto debe considerarse nulo.

Artículo 182 ...

IV. Cambio de objeto de la sociedad; ...

Se ha dicho que, en virtud de que es el órgano de administración de la sociedad el que aprueba los términos de la reestructuración, la sociedad no tiene facultades para asumir obligaciones respecto de las cuales no tiene la posibilidad legal para cumplir, ya que tratándose de asuntos que únicamente puedan ser resueltos en las asambleas generales de accionistas (todos los enumerados en los artículos 181 y 182 de la LGSM) no depende de la sociedad su cumplimiento, sino de los accionistas que son personas distintas a la sociedad, y por ello, se ha sugerido que los propios accionistas sean parte del convenio de reestructuración, asegurando así que se cumplan las obligaciones que requieren su voto. Lo anterior no puede ser cierto, lo que sucede es que efectivamente, por un lado, existen obligaciones que implican asuntos que pueden ser resueltos por el órgano de administración de la sociedad o por quien tenga la facultad legal para ello como sería el caso de un apoderado general para actos de administración, y, por el otro, asuntos que requieren necesariamente el voto de los accionistas; sin embargo, lo anterior no significa que la sociedad no pueda asumir obligaciones que requieran el voto de sus accionistas, éstos constituyen el órgano supremo de la sociedad, sino que por virtud de lo previsto en el artículo 198 de la LGSM, el pacto respectivo estaría afectado de nulidad porque implicaría la restricción de la libertad de voto de dichos accionistas, aún cuando éstos firmaran el convenio correspondiente. No se podría decir que en virtud de que los accionistas se autolimitaron la libertad de voto al suscribir el convenio, éste ya no es violatorio de la ley; la ley no distingue, y por ello, cualquier convenio que limite la libertad de voto de los accionistas será nulo.

Se puede lograr el mismo fin que se pretende con las obligaciones que implican restricción de la libertad de voto de los accionistas, si en el convenio, en lugar establecer dichas obligaciones como tales, se incluyen como causas de vencimiento anticipado.

7. Cláusulas de "desastre"

El término "disaster clauses" se ha usado para designar a ciertas cláusulas que se establecen en contratos de financiamiento internacionales y cuya función es proteger a los acreditantes de situaciones fuera de su control que pueden afectar la recuperación del crédito o incrementar el costo del mismo de tal manera que se vuelva inviable mantenerlo.

Entre las cláusulas más comunes se encuentran las siguientes:

a) Cláusula de incremento en costos.

Básicamente lo que prevé esta cláusula es que si por virtud de alguna ley o cualquier otra disposición legal aplicable al banco, se le exige que mantenga una reserva o depósito especial con respecto al crédito insoluto, el deudor tendrá que pagar el aumento del costo para la institución o pagar anticipadamente el crédito.

b) Cláusula de tasa de interés alternativa.

Prevé que si por cualquier razón se deja de publicar la tasa de interés aplicable, se aplicará la tasa que la sustituya y si no existe tasa de interés sustituta, entonces las partes negociarán una tasa que refleje el costo del banco para mantener el crédito, y si después de determinado tiempo las partes no

logran un acuerdo, el deudor tendrá que pagar anticipadamente el crédito.

c) Cláusula de cambio de ley.

En términos generales dispone que si por virtud de la promulgación o modificación de alguna ley o disposición legal aplicable, fuere ilegal para el banco mantener vigente el crédito, el deudor deberá pagarlo anticipadamente.

Las cláusulas citadas (con excepción de la referida en el inciso *b*) son producto de la existencia de mercados no regulados (mercado de euromonedas) que son considerados vulnerables a cualquier acontecimiento, tanto político como económico. En operaciones internacionales en las que los acreditantes no están familiarizados con los acontecimientos políticos y económicos del país de la acreditada y su "fondeo" se encuentra sujeto a los vaivenes de dichos mercados, se justifica la inclusión de este tipo de disposiciones que tienen como finalidad prever cualquier situación originada por actos gubernamentales que pueden llegar a impedir el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Sin embargo, desde mi punto de vista, dichas cláusulas —que se han puesto de moda en los convenios de reestructuración nacionales— no tienen justificación alguna en operaciones domésticas, salvo acaso si éstas involucran fondos en divisas que se obtengan a través de sucursales de instituciones mexicanas en el extranjero.

Producto de la tendencia de algunos de imitar indiscriminadamente los contratos de financiamiento internacionales basados las más de las veces en el derecho anglosajón, también nos encontramos en los convenios de reestructuración nacional la típica cláusula de impuestos que establece la obligación del deudor de pagar los intereses sin deducción o retención alguna por concepto de impuestos. Esta cláusula tiene sentido en los financiamientos internacionales, en virtud de que en la mayoría de los países, la autoridad fiscal impone una obligación solidaria al acreditado de retener el impuesto sobre la renta que corresponde al acreditante por el ingreso obtenido por los intereses que genere el crédito. Lo dispuesto en el artículo 154 de

la LISR respecto de la obligación de retención por la acreditada del impuesto debido por el recipiente de los intereses es razonable, ya que la autoridad mexicana no puede tener jurisdicción sobre el causante (entidad financiera del exterior) y es por ello que impone la obligación solidaria a quien debe hacer los pagos de intereses. Sin embargo, no tendría sentido alguno el imponer dicha obligación solidaria al acreditado en operaciones domésticas en las que el acreditante es un residente en el país que acumula los intereses recibidos a sus ingresos.

8. Garantías

Sería imposible en este trabajo abarcar todos los problemas que han surgido relacionados con las distintas garantías que comúnmente se otorgan para garantizar las obligaciones derivadas de los convenios de reestructuración, por lo que mencionaremos solamente los más importantes desde mi punto de vista.

8.1 *Prenda Mercantil*

Sin lugar a dudas, el problema más grave que se puede presentar cuando existe una prenda mercantil, es el derivado de la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a continuación se transcribe. En esencia, lo que la Corte ha dicho es que el procedimiento establecido en el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC) por virtud del cual el acreedor puede obtener la autorización judicial para la venta del bien pignorado, con el propósito de sustituir dicho bien por su valor en numerario, es contrario a la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional. Esta interpretación es preocupante, ya que dificulta aún más la ejecución de garantías a favor de los acreedores.

PRENDA, EL ARTÍCULO 341 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO ES INCONSTITUCIONAL POR VIOLACIÓN A LA GARANTÍA

DE AUDIENCIA. El procedimiento establecido en el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por virtud del cual el acreedor prendario puede obtener la autorización judicial para la venta del bien dado en prenda, con el propósito de sustituir dicho bien por su valor en numerario, es contrario a la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional, porque sólo permite al deudor oponerse a la venta mediante la exhibición del importe del adeudo, sin darle oportunidad de oponer y acreditar todas las defensas y excepciones que le asistan para demostrar la improcedencia de la solicitud del acreedor, sin que sea el caso de considerar que esta deficiencia de la norma de que se trata pueda ser colmada mediante la aplicación supletoria de las reglas del Código de Comercio que establecen las formalidades propias de un juicio, pues los términos empleados por el legislador revelan con claridad su intención de establecer un procedimiento privilegiado incompatible, de su propia naturaleza, con las normas aplicables a los juicios mercantiles. La violación a la garantía de audiencia se produce aunque el acreedor adquiera un derecho real sobre la cosa dada en prenda, pues el contrato de prenda no le transfiere la propiedad del bien, sino que ésta permanece en la esfera del deudor quien conserva para sí los poderes de dueño, excepto el de la tenencia material de la cosa cuando así se pacte, e incluso puede, el deudor, enajenar la cosa a un tercero, conservando la garantía; en este sentido, de acuerdo con el artículo en cuestión, la autoridad judicial autoriza al acreedor a vender una cosa ajena, sin darle oportunidad al dueño de ser oído y vencido en juicio antes de ser privado del derecho a disponer de la cosa de su propiedad y, como consecuencia, del derecho de usar y disfrutar de la misma, lo cual significa una violación a la garantía de audiencia considerando que dicha privación no podía ser reparada mediante el juicio que eventualmente se promoviera en relación con el cumplimiento y pago de la obligación principal garantizada, pues, aun si el fallo fuera favorable al deudor, éste no recuperaría la cosa, sino sólo el producto de su venta.

Amparo en revisión 1613/94. Jorge Amado López Estolano. 6 de noviembre de 1995. Mayoría de seis votos.
Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: José Luis Alducín Presno.
Amparo en revisión 1742/94. María del Refugio Fragoso Valenzuela. 6 de noviembre de 1995. Mayoría de seis votos.
Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Homero Fernando Reed Ornelas.
Amparo en revisión 184/95. Felipe Gutiérrez Seldner. 6 de noviembre de 1995. Mayoría de 6 votos.
Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.
Amparo en revisión 201/95. Artemisa Velázquez Verdín de Velasco. 6 de noviembre de 1995. Mayoría de 6 votos.
Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Jorge Carenzo Rivas.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el veintitrés de noviembre en curso, por unanimidad de once votos de los Ministros: presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número CXXI/1995 (9ª) la tesis que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.
Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9a. Época, Tomo II, diciembre de 1995, Tesis P. CXXI/1995, pág. 239.

Resulta inexplicable la actitud de algunos de nuestros jueces quienes, en lugar de dar seguridad a las operaciones financieras que nuestro país requiere, colocan a los intermediarios financieros en una situación de tal incertidumbre jurídica, que los puede obligar a abstenerse de conceder créditos, porque la ley y su interpretación judicial, en ocasiones, ponen las condi-

ciones propicias para fomentar la llamada "cultura del no pago".

No se trata de hacer una defensa indiscriminada del sistema financiero mexicano, sino de hacer una crítica a quienes siguen creyendo que el Derecho debe ser una disciplina inmóvil.

8.2 *Fideicomiso de garantía*

Una de las ventajas más importantes en el fideicomiso de garantía, es que el patrimonio fideicomitido, el cual está destinado a garantizar las obligaciones asumidas por el deudor en el convenio de reestructuración respectivo, deja de formar parte del patrimonio de dicho deudor para pasar a ser parte de un patrimonio independiente cuyo titular es el fiduciario, aunque éste no tenga sobre dicho patrimonio un derecho de propiedad total, sino limitado por los fines establecidos en el propio fideicomiso. Éste ha sido el criterio prevaleciente, como lo confirman las tesis que a continuación se transcriben:

FIDEICOMISO. CONSTITUYEN UN PATRIMONIO AUTÓNOMO DE LA FIDEICOMITENTE SUSPENSA. De conformidad con lo preceptuado en los arts. 346 y 351 a 353 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la fiduciaria es la propietaria de los bienes que recibe en fideicomiso, dueña sólo en la medida en que precisa serlo para cumplir el fin o fines de dicho negocio jurídico y, por tanto, los bienes afectados a tal fin no quedan sujetos al juicio de suspensión de pagos de la fideicomitente.

Amparo en revisión 85/88. "Banca Serfín, S.N.C." 18 de febrero de 1988. Unanimidad de votos.
Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Amado Lemus Quintero.
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Informe 1988.
Tercera parte. TRIBUNALES COLEGIADOS. Pág. 368.

FIDEICOMISO. EL FIDUCIARIO ES EL TITULAR DEL PATRIMONIO DEL. De conformidad con los arts. 346 y siguientes de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomiso es un acto unilateral de voluntad por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad la transmite el fiduciario para la realización de un fin determinado. En términos de los preceptos antes invocados, el fiduciario no es solamente un ejecutor del fideicomiso, sino que, por el contrario, es titular del patrimonio fideicomitido en atención a la especial naturaleza de ese acto jurídico y, en condiciones, resulta obvio que al igual que cualquier titular de un determinado bien tiene interés jurídico en protegerlo cuando por actos de terceras personas sufra una alteración en el mismo.

Amparo en revisión 254/1975. "B.I.S.A.". 11 de julio de 1975. Unanimidad
SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL EN PRIMER CIRCUITO.
TRIBUNALES COLEGIADOS. Tomo VI. Civil. Pág. 658.

FIDEICOMISO. TITULARIDAD FIDUCIARIA. SU DIFERENCIA CON LA PROPIEDAD CIVIL. Existe una gran diferencia entre la propiedad civil y la titularidad fiduciaria, pues en la primera se tiene la facultad de gozar y disponer de un bien, solamente con las modalidades y limitaciones que fijen las leyes; en cambio, en la segunda el titular no tiene el derecho de gozar del bien, porque no puede disponer para su provecho de la posesión y de los frutos, puesto que, normalmente, tales derechos se destinan al fideicomisario, que no lo que puede ser la institución fiduciaria ; y por otra parte, la titularidad fiduciaria solamente puede desarrollarse dentro de los límites fijados en el contrato de fideicomiso, más esta circunstancia lleva a establecer que mientras que la fiduciaria desarrolle la titularidad que le fue conferida por el fideicomitente, sobre el bien afectado en fideicomiso, su actuación no po-

drá considerarse nula por ser contraria al tenor de las leyes prohibitivas o de interés público.

Amparo directo 2158/76. Ma. de los Dolores Teresa Saldívar Porras y Coags. 25 de julio de 1980. 5 votos.
Ponente: Raúl Lozano Ramírez
Semanario Judicial. Tercera Sala. Séptima época. Vols. 139-144. Cuarta parte. Pág. 53. julio-diciembre de 1980.

FIDEICOMISO. TRANSMISIÓN DEL DOMINIO EN EL. En el fideicomiso, al igual que en la compraventa, se transmite el dominio, salvo reserva expresa en contra.

Amparo en revisión 843/1972. "B.M. del S., S.A. y H.T., S.A." 10 de noviembre de 1972. Unanimidad.
TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO (Toluca).

No obstante lo anterior, algunos autores como el maestro Ramón Sánchez Medal, discrepan del criterio anterior. El maestro Sánchez Medal dice: "En suma, en el fideicomiso mexicano no hay transmisión de bienes a la institución fiduciaria, sino sólo se inviste a ella de la legitimación para ejercitar en forma exclusiva aquellos derechos que necesita para realizar la finalidad del fideicomiso sobre bienes cuyo dominio conserva el fideicomitente".3 Siguiendo esta interpretación, el fideicomiso de garantía dejaría de tener una de sus ventajas fundamentales.

Si a esto le aunamos la posible interpretación basada en las tesis mencionadas con anterioridad en relación con la prenda, que pudiera resultar en el criterio en el sentido de que el procedimiento de ejecución extrajudicial —normalmente establecido en los fideicomisos de garantía— también es violatorio de la garantía de audiencia consagrado en el artículo 14 constitucional, entonces el fideicomiso de garantía dejaría de tener ventajas sobre las garantías tradicionales y, en consecuencia, su existencia carecería de sentido.

3 SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, México, Porrúa, 1994, p. 588.

A veces nuestro sistema jurídico es de una inconsistencia sorprendente, ¿cómo es posible que, por un lado, contemos con disposiciones legales modernas como el artículo 99 de la Ley del Mercado de Valores (LMV) —que permite expresamente el pacto de venta extrajudicial en la caución bursátil— y, por el otro, se cuestione la validez de una disposición vieja como lo es el artículo 341 de la LGTOC?

Volviendo al fideicomiso de garantía, éste debe ser considerado como una figura especial que permita al deudor sacar de su patrimonio los bienes que libremente quiera destinar para garantizar sus obligaciones, de manera que el acreedor pueda tener la absoluta certeza de que esos bienes no estarán sujetos a otros gravámenes o limitaciones.

8.3 *Hipoteca Industrial*

Cabe mencionar brevemente la discusión que se ha suscitado relativa a si la hipoteca referida en el artículo 67 de la Ley de Instituciones de Crédito (LIC) —conocida como hipoteca industrial— es privativa de las instituciones de crédito o no.

En nuestro concepto, no hay razón alguna para sostener que la hipoteca industrial solamente pueda ser constituida en favor de instituciones de crédito.

En primer lugar, conforme a lo dispuesto en el artículo 2893 del CC, no se requiere que los bienes hipotecables sean solamente bienes inmuebles. El licenciado Sánchez Medal opina al respecto: "Al parecer no es preciso que los bienes hipotecables sean inmuebles, tanto porque el Código Civil (2893) no lo exige expresamente a diferencia de lo que hacía el Código anterior de 1884 como porque es posible la hipoteca sobre algunos bienes muebles (las hipotecas mercantiles sobre embarcaciones o sobre negociaciones comerciales)"[4]

4 *Idem.*, p. 484.

> Artículo 2893. La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley.

En este sentido, no existe entonces prohibición alguna para que se hipoteque la unidad completa de una empresa —incluyendo obviamente todos los elementos materiales— la cual podrá comprender además, la concesión o autorización respectiva, en su caso, e inclusive el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, originados por sus operaciones, ya que tales bienes son bienes muebles.

El simple hecho de que la LIC haya regulado de manera expresa a las hipotecas sobre la unidad completa de una empresa, no le da a las instituciones de crédito la exclusividad para obtener esta clase de hipotecas. Si analizamos la disposición citada y que a continuación se transcribe, encontramos que la norma da su reconocimiento a estas hipotecas constituidas en favor de instituciones de crédito, pero no por ello debemos interpretar que éstas solamente pueden existir cuando sean a favor de dichas instituciones, ya que si el legislador hubiera querido dar la exclusividad a las instituciones de crédito, la redacción de esta disposición hubiera sido completamente diferente, diciendo, por ejemplo, "las hipotecas que se pretendan constituir sobre la unidad completa de una empresa, sólo podrán ser constituidas en favor de las instituciones de crédito" o "solamente podrán constituirse hipotecas sobre la unidad completa de una empresa en favor de las instituciones de crédito".

> Artículo 67. Las hipotecas constituidas en favor de instituciones de crédito sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola, ganadera o de servicios, deberán comprender la concesión o autorización respectiva, en su caso; todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación, considerados en su unidad. Podrán comprender además, el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, originados por sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario.
>
> Las instituciones de crédito acreedoras de las hipotecas a que se refiere este artículo, permitirán la explotación de los bienes afectos a las mismas conforme al destino que les corresponda, y tratándose de bienes afectos a una concesión de servicio público, las alteraciones o modificaciones que sean necesarias para la mejor prestación del servicio público correspondiente. Sin embargo, las instituciones acreedoras podrán oponerse a la venta o enajenación de parte de los bienes y a la fusión con otras empresas, en caso de que se origine con ello un peligro para la seguridad de los créditos hipotecarios.
>
> Las hipotecas a que se refiere este artículo deberán ser inscritas en el Registro Público de la Propiedad del lugar o lugares en que estén ubicados los bienes.
>
> Será aplicable en lo pertinente a las hipotecas a que se refiere este artículo, lo dispuesto en el artículo 214 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Considero que la intención del legislador fue la de regular a la hipoteca sobre una negociación comercial que no estaba prevista expresamente en ninguna otra ley, pero que evidentemente se le reconocía. La LIC establece, entre otras cosas, que esta hipoteca, en favor de instituciones de crédito, debe comprender la concesión o autorización en su caso; es decir, impone la obligación de que dichas hipotecas comprendan dichos derechos sobre la base de que, en una hipoteca industrial en favor de cualquiera otra persona, las partes podrían dejar fuera a dichos bienes. Asimismo, la LIC, además de explicitar la posibilidad de que las partes puedan convenir en que se incluya el dinero en caja y derechos de cobro, establece en forma expresa que tales bienes puedan ser dispuestos por el deudor en el curso normal de sus operaciones.

En conclusión, no existe argumento legal alguno que pueda sostener que las hipotecas industriales sean exclusivas de las instituciones de crédito.

8.4 *Caución Bursátil*

La caución bursátil tal y como está regulada en la LMV, representa la tendencia modernizadora de nuestro sistema jurídico. Se trata de una figura que está a la altura de las exigencias de nuestro tiempo.

Desafortunadamente, al implementar la garantía bursátil, tenemos que volver al pasado, ya que aunque el procedimiento de ejecución extrajudicial que se establece en el artículo 99 de la LMV es claro, sabemos que se tienen que concluir una serie de disposiciones complementarias que aseguren que en el caso de ejecución, el procedimiento no se nos venga abajo. El resultado de lo anterior es que un contrato que podría ser claro y sencillo, se convierte en un verdadero enjambre procesal.

En relación con la caución bursátil, es de llamar la atención la reciente reforma al artículo 31 de la Ley de Agrupaciones Financieras que, entre otras cosas, prohíbe a las entidades financieras integrantes de un grupo, recibir en garantía acciones de entidades financieras de su propio grupo o de cualquier otro, salvo que cuenten con la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP). Entendemos la razón por la que se llevó a cabo esta reforma, sin embargo, pensamos que dicha prohibición debió haberse limitado a aquellas garantías relacionadas con financiamientos para la adquisición de acciones representativas del capital social de las entidades financieras de un grupo, con lo que se lograba el fin perseguido con esta reforma, evitar que las instituciones de crédito directa o indirectamente financiaran la adquisición de sus propias acciones.

Sin embargo, la reforma fue más allá de lo necesario, ocasionando que operaciones de financiamiento que se pretenden garantizar con acciones de entidades financieras de un grupo o de sociedades controladoras, las cuales nada tienen que ver con la adquisición de acciones de entidades de grupos, se retrasen injustificadamente, ya que en todo caso se requerirá la autorización de la SHCP. Por ejemplo, pensemos en una sociedad X que requiere un préstamo para la expansión de su planta productiva, o bien la reestructura de sus adeudos con el fin de poder seguir operando, y ofrece en garantía al banco acreedor las acciones que tiene de otro banco o de una sociedad controladora. Esta operación totalmente ajena al financiamiento para la adquisición de acciones de entidades financieras de un grupo, requerirá de la autorización de la SHCP.

9. Dación en pago

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2063 del CC, el deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Si bien es cierto que la disposición citada no debe entenderse como una obligación de los acreedores a recibir los bienes del deudor en pago de sus deudas, también lo es que dicha disposición establece un principio lógico jurídico de que el deudor, ante la imposibilidad de cumplimiento de su obligación de pago de una cantidad líquida, no tiene otra alternativa que ceder sus bienes en pago de dicho adeudo.

> Artículo 2063. El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se sujetarán a lo dispuesto en el título relativo a la concurrencia y prelación de los créditos.

Es obvio que en la época de crisis que aún estamos viviendo, la dación en pago sea un tema recurrente en los procesos de negociaciones que se llevan a cabo entre acreedores y deudores.

La dación en pago no representa en sí misma una figura que requiera de un análisis jurídico especial, por lo que bastaría decir que las daciones en pago han creado situaciones difíciles para una gran parte de los intermediarios financieros por motivos de carácter administrativo y contable y, por supuesto, en

virtud del problema que implica que dichas instituciones se estén haciendo dueñas de una gran parte de activos improductivos y/o de difícil realización, claro con la ventaja que puede tener para algunos la existencia del FOBAPROA.

En relación con este tema, también cabe mencionar la afortunada reforma hecha al artículo 348 de la LGTOC, que permite a las instituciones fiduciarias ser fideicomisarias en los fideicomisos en los que se transmite la propiedad de bienes y que tiene por fin la venta de los mismos —no una dación de pago— para aplicar el producto de dicha venta al pago de créditos que hayan sido otorgados por la propia institución. Lo anterior ha resuelto el problema originado por la necesidad de tener que contar con una institución fiduciaria distinta de la acreditante cada vez que se pretendía celebrar un fideicomiso de pago.

> Artículo 348. Puede se fideicomisarios las personas físicas o jurídicas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica.
> El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso, salvo el caso de la fracción II del artículo 359.
> Cuando sean dos o más los fideicomisarios y deba consultarse su voluntad, en cuanto no esté previsto en la constitución del fideicomiso, las decisiones se tomarán a mayoría de votos computados por representaciones y no por personas. En caso de empate, decidirá el juez de primera instancia del lugar del domicilio del fiduciario.
> Es nulo el fideicomiso que se constituye en favor del fiduciario, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, y en las demás disposiciones legales aplicables.
> La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales.

> En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiere un conflicto de intereses entre las mismas.

EUTANASIA

Bonifacio PADILLA GONZÁLEZ

SUMARIO: I. *Vida humana*. II. *Eutanasia*: 1. *Definiciones*. 2. *Tipos*. 3. *Eutanasia suicida: Definición. Inducción o auxilio al suicidio. Aspecto moral. Aspecto jurídico*. 4.- *Eutanasia homicida, activa y pasiva: Definiciones. Aspecto moral. Aspecto jurídico*. 5. *Eutanasia lenitiva o "muerte sin dolor": Medicamentos que anulan la conciencia. Medicamentos que acortan la vida. Retiro de auxilios médicos*. III. *Anexos*.

I. VIDA HUMANA

En nuestro mundo actual, el de las máquinas y el de la ciencia, el de la sublimación del hombre por el conocimiento adquirido que lo embebe y enaltece, que le hace saber que su saber es conquista, se puede provocar una conciencia sublimada de dominación.

Saber es poder. Dominación de la materia y dominación del hombre al percibirse éste como objeto material más del mundo que debe ser conquistado por la ciencia y la investigación.

La vida humana es considerada, así, como simple objeto, al margen de su naturaleza y de la dignidad de esta naturaleza. Es ya una naturaleza manipulable, que puede representar, en mayor o menor media, una utilidad, una satisfacción, un obstáculo o un logro para la estadística, para un programa, para un fin económico o político.

Es la dominación de los técnicos y, en esta caso, de los técnicos de la vida, decidores en ciertos casos y en ciertos ámbitos, de su procedibilidad o no, de su conveniencia o no, de sus leyes de aparición o desaparición. La vida ya no es más un don ni fruto ya de la naturaleza en sus complejas leyes y órdenes, ni dación de un Creador considerado fantasía anticientífica, valo-

ración de seres débiles que debilitan el proceso creador y dominador de la naturaleza por el hombre mismo.

"Cuando la ciencia se considera como una técnica para la transformación de nosotros mismos y de nuestro alrededor — dice Bertrand Roussel— nos da un poder independientemente de su validez metafísica... El poder que la ciencia confiere como técnica se obtiene merced a algo análogo a la adoración de Satanás, o sea, por la renuncia al amor" (*La Perspectiva Científica*, De Ariel). Renunciamos al amor al hombre mismo.

Aquí estamos nosotros, cuerpos reales, pensamientos reales, productos de un proceso natural, frutos de ciertas relaciones basadas y guiadas sabiamente por las leyes de una naturaleza que busca y encuentra sus equilibrios y sus desarrollos. Aquí estamos cuerpos no sólo materia ni espíritu sólo idealidad, sino cuerpos materiales específicos, de naturaleza específica, con cualidades específicas que hacen real y operante las manifestaciones del espíritu.

Cuerpos que empezaron a serlo desde su inicio formados desde el inicio por ese don específico y particular que actualizan a un hombre, distinto desde el inicio, digno desde el inicio por su propia naturaleza. Vida humana es materia animada, alma que empieza a existir con la misma formación del cuerpo porque no se trata de un agregado o accidente, sino esencialidad y don especial a la creatura humana. No somos lo que somos porque así quisimos ser o porque otros hombres quisieron que así fuéramos, ni lo que somos como naturaleza humana lo que llegamos a ser poco a poquito por metamórfosis de animal a hombre, sino por que así corresponde, queramos o no, en el orden de la creación. La vida humana no es una conquista, es un don que debe ser respetado.

Por lo mismo ante el fenómeno de lo humano en la ciencia médica no estamos ante una simple materia sino ante una realidad de naturaleza específicamente humana que como tal debe ser vista. Es esta realidad humana que le determina a la ciencia la forma y límites en que debe ser manejada, independientemente de las muchas posibilidades que la ciencia ofrece de tratarla de manera distinta.

Y en la esencia de lo humano está la existencia del dolor. El dolor no puede ser separado de una naturaleza contingente, caduca en su materia y reclamante de solución.

El dolor humano puede tomar forma de rebelión, grito despiadado o tomar la forma de oración que pide o da el bálsamo del amor verdadero, de la solidaridad, ofrenda auténtica de lo mejor del otro; la respuesta al dolor incluso puede revestirse de un falso pietismo que desconozca objetivamente la dignidad de la persona a quien el dolor no menoscaba sino que la descubre y puede perfeccionarla. Puede este pietismo cruel estar al servicio de un interés económico o de un eficientismo técnico que soluciona el problema haciendo desaparecer al sujeto que lo sufre. Si amamos al hombre lo hemos de amar a él, a ese hombre concreto y doliente que en el dolor requiere sentido y el cual en el sentido auténtico de su vida alcanza alivio profundo.

Y ahí está el hombre que se enfrenta a su destino final: la muerte y a la muerte con dolor. Aquí aparece el problema de la *Eutanasia*.

II. Eutanasia

1. *Definición*

La palabra y el concepto de eutanasia (eu: buena; thanatos: muerte) ha tenido a lo largo de la historia diversas acepciones. "Bien morir" era, en la acepción popular, morir en gracia, en paz con Dios, con la esperanza del encuentro con quien que resuelve en definitiva todo mal, proporcionando la felicidad eterna. Es la aceptación de una deficiencia natural que reclama ser restaurada, a la vez que una oportunidad de concientizar el origen y destino del hombre que le abre un horizonte nuevo.

En el siglo XVII Francis Bacon utiliza el término en el sentido de la aceptación racional del hecho natural de la muerte, "como un poeta dramático consagra los esfuerzos de su genio al último acto de su obra". Ya no es la aceptación y el abrazo amoroso con el Creador sino la aceptación de la propia contin-

gencia racionalmente aceptada. Es el encuentro con la razón de las cosas en lo que como tal positivamente son.

Actualmente, en términos generales, se entiende por eutanasia, "la acción u omisión que, por su naturaleza, o en la intención, causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor".

Desde un punto de vista más particular, eutanasia es "todo tipo de terapia que suponga objetiva o intencionalmente, directa o indirectamente, el adelantamiento de la muerte para suprimir el dolor.

Descartada toda trascendencia y vista la muerte y el dolor o sufrimiento que puede acompañarla, resulta de naturaleza dramático y debe dársele solución. ¿Cómo? Podrá ser el doliente mismo quien se prive del dolor privándose de la vida; será el proporcionarse o el que le sean proporcionados determinados fármacos o sustancias que le adormezcan las facultades sensoriales o la conciencia; será un tercero que viéndolo sufrir deje de realizar acciones que pueden prolongarle la vida existente o quien realice actos positivos para abreviar la vida existente.

2. *Tipos*

Existe, por tanto, una confusión de términos. Podríamos simplificar diciendo que se hable de:

1. *Eutanasia suicida*: cuando alguien se inflige a sí mismo la muerte para evitarse el dolor o el sufrimiento.
2. *Eutanasia homicida*: cuando se provoca artificialmente la muerte al otro por motivos de una aparente piedad ante su dolor o sufrimiento, ejerciendo actos u omitiendo actos debidos.
3. "*Eutanasia lenitiva*". impropiamente denominada "eutanasia", también denominada *muerte sin dolor* por la cual se intenta no eliminar al que sufre sino paliar sus dolores y sufrimientos por motivos honestos.

3. *Eutanasia suicida*

Definición

Es la ejecución u omisión de acciones destinadas a suprimir intencionalmente la propia vida para evitarse sufrimientos psíquicos, morales o físicos considerados insoportables.

Introducción o auxilio al suicidio

Puede darse el caso de que un paciente, por su situación física o psicológica, esté con el ánimo y voluntad de privarse de la vida, para evitarse el dolor.

Desde el momento en que un tercero interviene e incita o ayuda a otro al suicidio, sin operar el mismo el mecanismo de muerte, se dice que hay incitación o auxilio al suicidio.

La inducción consiste en provocar, formal y categóricamente a persona determinada, por medio de consejos, orden sugestión, a que una persona se prive de su propia vida, aunque la instigación no fuere determinante del suicidio o ya existiere la idea en el sujeto pasivo y el agente produjere sólo la afirmación de la misma (Eusebio Gómez, *Tratado de Derecho Penal*, Bs. Aires).

Auxiliar es ayudar materialmente a que el sujeto se prive de la vida, por lo que no es auxilio cuando el acto consiste en ejecución. Es de carácter secundario o subsidiario, es decir, facilitar la obra del suicidio, sin tomar parte en el acto propiamente ejecutivo.

Aspecto moral

El suicidio es un acto objetivamente en sí mismo inaceptable desde el punto de vista de la moral, porque va contra el principio natural de conservación de la propia existencia y contra el principio de caridad a sí mismo, así como contrario a los deberes que todo hombre, naturalmente relacionado a otros, tiene con la comunidad.

Para el creyente es un acto contrario al amor de Dios dador y Señor de toda vida. En el Deuteronomio se dice: "Yo quitaré la vida y Yo haré vivir" (Deut. 32, 39).

Desde el punto de vista ontológico no existe el derecho a la propia vida, del derecho de tener plena disposición de ella de tal manera que pueda privarse de ella o pueda autorizar a otro que me prive de ella.

La vida no es un bien disponible para el sujeto. Quienes se privan de ella incluso guiados por valores que honestamente consideran superiores cometen un error de juicio.

"Por razones metajurídicas que el derecho no puede ignorar, el sujeto no puede disponer de su vida como de un bien propio sobre el que tuviera un dominio absoluto... Podría pensarse que ese 'Derecho a Vivir' no debe ejercitarse contra la voluntad del sujeto, el cual por lo tanto puede renunciar a él y legitimar mediante su consentimiento o solicitud la ayuda que otro le preste al suicidio.[1] Pensar así es trasplantar a los Derechos Humanos categorías y características de derechos derivados y subordinados... Casi siempre que se hablaba de los Derechos del Hombre, innatos y naturales que todos tenemos, era obligatorio añadir de inmediato que lo eran inalienables, pues nadie puede vender su libertad, su honor o su vida... Los Derechos Humanos —el Derecho a la Vida es el primero y fundamental, pues sin él los demás no pueden existir— no son subjetivos en el sentido que normalmente se da a esta expresión... Por el sólo hecho de serlo, todo hombre tiene Derechos Humanos..., los tendrá mientras sea hombre sin que dependan de su voluntad, como tampoco depende de su albedrío el ser o la manera de ser..."[2]

1 *Cfr.* Anexo: "Living Will".

2 Dr. Alberto PACHECO ESCOBEDO, *El llamado testamento Biológico* (Living Will), en Seminario de Salud y Derechos Humanos, México, 1991/13, Memoria, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Aspecto jurídico

El suicidio, por propia decisión y sin intervención ajena, es irrelevante para el aspecto jurídico.

La inducción o auxilio, si se configura como delito en la legislación mexicana, como expresamente aparece en el artículo 312 del código penal para el Distrito Federal que establece:

"Artículo 312. El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión..." Aunque, para graduar la pena dentro de los límites expresados, deben considerarse los motivos: odio, piedad, deseo de librarse de una persona enferma, esperanza de alcanzar una herencia...

4. *Eutanasia homicida: Por acción. Por omisión*

Definiciones

Es la acción o la omisión de actos debidos por parte de un tercero que provoca artificialmente la muerte de una persona, por aparentes motivos de piedad; es un "homicidio ejecutado por razones de piedad".

Eutanasia activa

En la eutanasia activa se suprime la vida del paciente con actos directamente ejecutados por un tercero sobre el paciente en el transcurso de una enfermedad incurable o en el periodo agónico o preagónico, por razones de piedad.

Eutanasia pasiva

Bajo esta expresión se entiende el homicidio piadoso perpetrado privando al paciente de los cuidados ordinarios y proporcionados[3] que deben ser prestados para preservar la vida.

3 *Cfr. Anexo.*

No se trata de aquella conducta que se deja de realizar cuando ya la vida no puede ser preservada después de realizar los actos ordinarios y proporcionados requeridos, para no caer en el "encarnizamiento terapéutico".

Aquí es permitir la muerte de quienes pueden ser salvados. Se trata lisa y llanamente de matar a una persona dejándola morir por falta de aquellos cuidados que son susceptibles de ser proporcionados, so pretexto de aparente humanitarismo. Se habla así de dejar morir a los ancianos, a los niños que presentan malformaciones congénitas.

El consejo socialista francés Jacques Attali fue muy explícito: "Cuando el hombre sobre pasa los 60/65 años vive más allá de la edad productiva y cuesta demasiado a la sociedad... La eutanasia será uno de los elementos esenciales en las sociedades del futuro, sean de la ideología que sean".

Es el dogmatismo de la muerte, el del poder y el de la economía a la que se debe el hombre. La ideología de evitar la sobrecarga de pensiones o de gastos médicos, eliminando a sus beneficiarios naturales. Ya el hombre fue útil, luego ya no debe existir en una sociedad utilitarista. El hombre sufre, luego no debe existir en una sociedad edonista. El hombre es en algún sentido material improductivo, luego no deben existir en una sociedad eficientista. ¿Serán los médicos, por vocación profesional profetas anunciadores y defensores de la vida, los ejecutores homicidas de esta sociedad del futuro que requiere sus servicios?

Aspecto moral

Es inaceptable desde el el punto de vista moral. Matar intencionalmente, por acción o por omisión, aun por compasión, es inaceptable. A veces se pretende justificar mediante el beneficio que se considera obtiene la sociedad al liberarla de cargas innecesarias, en determinadas situaciones. "Se nos coloca frente a una eutanasia eugenésica o de ecología humana" (Domingo M. Basso, *Nacer y morir con dignidad*). ¿Qué valor es superior al valor del hombre? ¿Quién tiene derecho sobre la vida y determina sus niveles de valoración? ¿Quién lo otorga ese

derecho? ¿Qué valores maneja como superiores al del ser humano vivo? "Abiertas las puertas de la muerte, ¿quién podrá ya cerrarlas?" (Juan Pablo II). Hay un principio de antropología que dice: "Nadie sostiene ideas que maten".

Aspecto jurídico

El Código penal para le Distrito Federal define como delito: "Art. 7o. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

El privar de la vida a otro, por acción o por omisión de actos debidos, constituye el delito de homicidio, pues la conducta se adecua con precisión al tipo descrito en el artículo 302 del Código penal para el Distrito Federal que establece: "Art. 302. Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro".

La omisión es considerada conducta delictiva en términos de lo que establece el art. 7 del Código Penal para el Distrito Federal: "Art. 7. ...Se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente"

El doctor Raúl Carrancá y Trujillo dice que: "Los motivos determinantes de la conducta del agente no afectan el elemento dolo. Es consecuencia de lo anterior que el homicidio por motivos eutanásicos es punible".

No podría alegarse en contra de la configuración del delito el que pudiera existir consentimiento del paciente. La eficacia del consentimiento dice Mezger —citado por Jiménez de Azúa— "se hace depender de si el ofendido posee o no facultad de disposición" "(En *Libertad de Amar y Derecho a Morir*, Ed. Depalma). Expresamente así lo señala el Código Penal para le Distrito Federal:

"Art. 15. El delito se excluye cuando:

III. Se actúa con el consentimiento del titular del bien jurídicamente afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: *a*) Que el bien jurídico sea disponible...

Tratándose de la propia vida es un bien personalísimo que resulta por naturaleza indisponible, sin que sobre dicho bien pueda el sujeto celebrar transacción o acuerdo.

A este respecto el Nuevo Código Civil para el Estado de Jalisco considera el derecho a la vida como uno de los derechos esenciales de la personalidad (Art. 28) y entre las características del derecho de la personalidad establece que tal derecho es esencial porque garantiza la existencia del ser humano (Art. 26, I); personalísimo porque así alcanza su individualidad la persona humana (26-II); originario puesto que se da por el solo nacimiento de la persona (26-III), aunque tal derecho se retrotrae al momento de la concepción misma ("desde el momento en que el ser humano es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para todos los efectos legales": Art. 19). Si el propio ser humano, capaz, no puede disponer de su propia vida, un tercero menos, como sería en el caso del aborto al ser la madre ya un tercero al dotársele al concebido de una entidad propia como sujeto de derechos que lo protegen; absoluto porque no es admisible bajo ningún concepto su disminución (26-VI); inalienable (VII), intransmisible (VIII) e irrenunciable "porque ni siquiera la voluntad de su titular basta para privar su eficacia" (X).

Además, el consentimiento del pasivo no excluye el dolo, pues a sabiendas del agente que el privar de la vida a otro constituye un delito por su propia naturaleza, estando previsto el resultado derivado de la acción u omisión, dicho agente quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley (Art. 9 del Código Penal para el Distrito Federal).

Por lo mismo, la disposición de la vida de una persona, con autorización o sin autorización de la propia persona o de tercero, constituye un ilícito civil (Art. 34 y 35 del Código Civil del Estado de Jalisco) como, concurrentemente, un ilícito penal.

5. *"Eutanasia lenitiva" o muerte sin dolor*

Impropiamente se le denomina "eutanasia". Es la actividad orientada no a eliminar al que sufre sino a eliminar el dolor del sufriente, ofreciéndole todos los medios técnicos al alcance,

en la medida de lo humanamente posible, para ayudarle a tener una calidad de vida hasta su último momento. Para ello se ejercen.

Actos tendientes a suprimir los dolores, proporcionando medicamentos.

a) De tales efectos que al anular el dolor anulan también la conciencia. En este punto ha sido declarado:

La anestesia empleada al acercarse la muerte con el único fin de evitar al enfermo un final consciente, sin autorización del paciente, sería una práctica inaceptable.

El médico no puede, contra la voluntad del moribundo, hacerle perder la lucidez para impedir que tome determinadas decisiones.

Cuando el moribundo exige la narcosis, un médico no se prestará a ello sin antes invitarlo al cumplimiento de ciertas obligaciones pendientes. Si el paciente persiste en pedir el narcótico, aun cuando no haya cumplido con ciertas obligaciones, el médico puede proporcionárselo.

No existe objeción de conciencia cuando el paciente, habiendo cumplido con sus obligaciones, solicita la anestesia y ésta le es suministrada según indicaciones médicas claras, si la fijación de la dosis no pasa de la cantidad permitida, si se mide cuidadosamente su intensidad y duración.

b) De tales efectos que al anular el dolor acortan la vida. En el caso de enfermos no operables, o incurables, el uso continuo de analgésicos puede ocasionar como efecto secundario la abreviación de la vida. Si con tales medicamentos se busca intencional y directamente la abreviación de la vida, es reprobable. Si lo que se busca es aliviar el dolor, aunque se siga una disminución de la duración de la vida, es lícito "si no existen otros medios y si, en esas circunstancias no se impide el cumplimiento de otros deberes morales" (Pío XII, Discurso del 24 de febrero de 1957).

El retiro de auxilios médicos

No obstante es difícil discernir los límites que separan la eutanasia propiamente dicha de lo denominado actualmente morir con dignidad o derecho a morir en paz.

Cuando ciertas técnicas ya resultan insuficientes para garantizar la existencia de la vida o cuando los sufrimientos son graves y las posibilidades del paciente o de su familia resultan ya extraordinarias, queda a la decisión objetiva de la conciencia el determinar el retiro de dichos instrumentos o terapias.

Cuando clínicamente existe muerte, no existe objeción alguna para el retiro de instrumentos de reanimación. Cabe aquí enunciar que los trasplantes se están convirtiendo en un hecho común para salvar vidas humanas, requiriéndose trasplantes[4] lo más útiles posibles. Pero si el comatoso se encuentra aún vivo, se le asesina si, para obtener órganos o tejidos, se le retiran los instrumentos. Para determinar si existe aún vida o no, hay que estarse al criterio médico. Al médico corresponde determinar el momento de la muerte. Es al médico a quien corresponde expedir el certificado médico, no al moralista, ni al religioso, ni al teólogo. La Ley General de Salud establece los criterios y formalidades a seguirse en tal caso en su artículo 317.

El problema subsiste cuando existiendo vida, se prevé que la intervención médica va a provocar en el paciente una vida penosamente precaria. En este supuesto considero que es lícito interrumpir la aplicación de medios terapéuticos, tomando en cuenta la opinión del paciente mismo y de sus familiares, nunca sustituyéndose a ella.

Existiendo nuevos tipos de cura en forma experimental no se puede imponer al paciente sujetarse a ella[5] o, aun experimentada, si resulta demasiado gravosa y desproporcionada a sus posibilidades. "Ante la inminencia de la muerte inevitable, a pesar de los medios empleados, es lícita en conciencia la decisión de renunciar a unos tratamientos que provocarían únicamente un prolongación precaria y penosa de la existencia" (*Declaración sobre eutanasia, Congregación para la doctrina de la fe*).

4 *Cfr.* Anexo: *Legislación en materia de trasplantes.*
5 *Cfr.* Anexo sobre *Legislación en materia de Investigación.*

Podemos tener muy diversas ideologías, valores o sistemas morales o religiosos. Pero frente a ustedes siempre tendrán a otro hombre, a un ser humano real que tiene una vida humana que requiere no sufrir, pero cuyo primer derecho es el de vivir bien, lo cual implica ayudarlo siempre, incluso en su acepción simple pero profunda, a "bien morir".

III. Anexos

1. *Derecho a la vida y a la integridad física*

"El derecho a la vida y a la integridad física se halla *protegido por el derecho* penal cuando se castiga el homicidio (art...) las lesiones personales (art...) y el aborto (art...) y por el derecho civil que conmina al resarcimiento del daño a aquellos que cometan actos lesivos de estos bienes fundamentales.

Dentro de estos límites impuestos por el ordenamiento jurídico, el hombre, al menos en circunstancias normales, puede disponer libremente del bien que constituye su propia vida; y la ley no le impone la obligación de cuidar su propia salud (el art. 32 de la Constitución Italiana establece que nadie puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario, sino por imposición de la ley). Pero se castigan la instigación y ayuda al suicidio (art...); y, de igual forma, se considera como un delito, y como tal se sanciona, el aborto (art... aunque jurídicamente el feto, en la legislación italiana, antes del nacimiento es "portio mulieris").

Se pregunta la doctrina, en este punto, si puede admitirse *un contrato que tenga por objeto una parte del propio cuerpo.* Se duda si uno puede vender sus cabellos, ceder parte de su sangre o, tal vez, obligarse a entregar los dientes de oro o la peluca que hubieren sido colocados artificialmente para restaurar o reparar las consecuencias de los años. El contrato por el que se dispone de una parte unida natural o artificialmente al cuerpo no admitirá ejecución coactiva por respeto a la dignidad

de la persona; pero, según el art. 5 del Código Civil (italiano) será nulo solamente cuando el acto dispositivo ocasione una disminución permanente (v.g. trasplante de un hueso o de un ojo) o cuando sea notablemente contrario a la ley, a las buenas costumbres o al orden público. En todos los demás casos de incumplimiento de la obligación contraída contractualmente, habrá lugar al resarcimiento de los daños...

El cadáver puede ser objeto de un derecho como cosa futura, pero solamente dentro de los límites de respeto a la conciencia y sentimiento de los hombres.

Y *el cirujano ¿hasta qué punto puede, lícitamente, actuar contra la integridad física del paciente?* Si bien no puede operar, caso de negativa del enfermo, cuando el interesado no se hallare en estado de manifestar su consentimiento deberá consultar con sus parientes, siempre que esto sea posible sin daño grave para el enfermo. Si, por el contrario, el cirujano actúa en contra de la voluntad de los interesados incurrirá en un acto ilícito (que, sin embargo, no constituye un verdadero delito de lesiones, al no existir en el cirujano el dolo correspondiente de causarlas..."[6]

2. *Medios ordinarios y proporcionados y Living Will*
(Contiene: *"Living Will"* que se acostumbra en New York)

"El sujeto tiene la obligación de disponer de los medios para recuperar la salud, pues otra cosa sería atentar contra su propia vida... También el médico, de seguir poniendo los medios para ello, siempre que se empleen medios ordinarios y proporcionados.

No es lo mismo ordinarios que proporcionados. Los primeros son los que la práctica médica considera como seguros porque han sido suficientemente experimentados..., cuando están al alcance de la persona...; los segundos hacen relación con los resultados que se espera obtener.

6 TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.

Cuando los medios son extraordinarios y desproporcionados, no hay obligación de aplicarlos y, por tanto, si el "Living Will" ordena hacerlo, no deben tenerse en cuenta esas indicaciones. Cuando a pesar de ello se realizan, estamos en presencia de un "ensañamiento terapéutico" que también viola los derechos del paciente, el cual, así como tiene derecho a vivir, también lo tiene a morir cuando la vida termina en forma natural...

La decisión debe tener como base la posibilidad real de vivir que tenga el sujeto, o sea, la irreversibilidad de su situación, así como la gravedad de los trastornos sufridos, no únicamente su deseo de no sufrir... En estos casos, la ciencia médica debe tratar de disminuir al máximo los dolores o malestares, mas no suprimir la vida...

En el "Living Will" que se acostumbra usar en el Estado de Nueva York... se enfocan correctamente algunos de estos casos al establecer que: "En cualquier momento que surja una situación en la que no exista una razonable posibilidad de mi recuperación por extrema incapacidad física o mental, quiero que me permitan morir y no me mantengan vivo por medio de resucitación eléctrica o mecánica del corazón cuando haya parado; por medio de respiración artificial mecánica, por medio de alimentación por tubo nasogástrico, medicamentos, <<medidas heroicas>> o por algún otro medio mediante el cual el peso del tratamiento sea mayor que el probable resultado benéfico. En la misma situación descrita, también instruyo a que se me administren las medicinas necesarias para aliviar el sufrimiento, aun cuando esto acorte o ponga fin a lo que me quede de vida"...

Para tomar una decisión... un dato necesario parece ser la irreversibilidad de la situación, ya que si existe alguna posibilidad de salir con vida de la situación actual, hay que hacer lo posible para lograrla. Sin embargo, esa posibilidad no debe ser teórica, sino concreta, práctica y posible... Juzgar con toda la prudencia... si en esta situación concreta, con los medios que se dispone... puede pensarse que puede haber solución.

Pero aquí debe entrar en consideración la proporcionalidad de los medios usados, o sea los resultados que se espera obte-

ner con los medios en juego, pues no hay que empeñarse en una sobrevida degradada o simplemente vegetativa...

Una muestra de que se ha rebasado el límite de lo legal y moral y de que se ha caído en el ensañamiento terapéutico es la diversa actitud que atiende al paciente. Cuando ya no se busca curar sino investigar,[7] se ha rebasado el límite.

Podría pensarse que unas "Disposiciones Vitales" ("Living Will") que autoricen la investigación médica sobre el sujeto la haría lícita. No parece, sin embargo, correcta esta postura, pues tratándose de enfermos terminales, como sería el caso de la aplicación de unas *Disposiciones Vitales*, no se cumpliría con varias de las disposiciones que al respecto señala, con acierto a nuestro entender, el Reglamento de la Ley General de Salud...[8]

3. *Legislación en materia de investigación y trasplante de órganos*

A) *Ley General de Salud*

Derecho constitucional de protección a la salud:

Art. 1o. La presente ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general.

Finalidades del derecho a la protección a la salud:

Art. 2o. *El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades*:

...

7 *Cfr.* Legislación sobre Investigación.

8 Pacheco Escobedo, Alberto, "El llamado Testamento Biológico (Living Will)", en *Seminario de Salud y Derechos Humanos*, México 1991/ 13, Memoria, Comisión Nacional de Derechos Humanos).

II. *La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana.*

...

IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud.

...

VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

Materia de salubridad general:

Art. 3. En términos de esta ley, es materia de salubridad general:

...

XXVI. El *control sanitario* de las disposiciones de órganos, tejidos y sus componentes y cadáveres de seres humanos.

Competencia en materia de salubridad general:

Art. 13. *La competencia* entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general quedará distribuida conforme a lo siguiente:

A. Corresponde al Ejecutivo Federal:

...

II. En las materias enumeradas en las fracciones... XXVI del articulo 3o. de esta Ley organizar y operar los servicios respectivos y vigilar su funcionamiento por sí o en coordinación con dependencias y entidades del sector salud.

Investigación:

Art. 98. En las instituciones de salud, bajo la responsabilidad de los directores o titulares respectivos y de conformidad con las disposiciones aplicables, se constituirán: una comisión de investigación; una comisión de ética, en el caso de que se

realicen investigaciones en seres humanos y una comisión de bioseguridad en el caso de... técnicas de *ingeniería genética*...

Art. 100. La investigación en seres humanos se desarrollará conforme a las siguientes *bases*:

I. Deberá *adaptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación*, especialmente en lo que se refiere a su posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica.

II. Podrá realizarse *sólo cuando el conocimiento* que se pretenda *producir no pueda obtenerse por otro método idóneo*...

III. Podrá efectuarse sólo cuando exista *una razonable seguridad de que no expone a riesgos ni daños innecesarios* al sujeto en experimentación...

IV. Se deberá contar con el *consentimiento por escrito* del sujeto en quien se realizará la investigación, o de su representante legal... una vez *enterado de los objetivos de la experimentación y de las posibles consecuencias* positivas o negativas para su salud.

...

VI. El profesional responsable *suspenderá la investigación* en cualquier momento, si sobreviene el riesgo de lesiones graves, invalidez o muerte del sujeto...

Disposición de órganos y tejidos de un cadáver para fines terapéuticos:

Art. 336. *Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad* y siempre serán tratados con respeto y consideración (Ley General de Salud).

Art. 38. *La disposición de cuerpos, órganos y tejidos* de seres humanos con fines terapéuticos y de investigación, *será siempre a título gratuito* (Código Civil del Estado de Jalisco).

Cfr. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud. Título Segundo: De los aspectos éticos de la investigación en seres humanos.

Qué se entiende por disposición...

Art. 314. Para efectos de este título, se entiende por:

I. Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos: el conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia e investigación.

Para que la disposición de órganos y tejidos de un *cadáver resulte lícita se requiere que haya pérdida de la vida* certificada y que la hagan establecimientos y personas autorizadas para tal efecto (art. 319).

Cadáver:

II. Cadáver: el cuerpo humano en que se haya comprobado la *pérdida de la vida*.

Certificación de pérdida de la vida:

Art. 317. Para la *certificación de la pérdida de la vida*, deberá *comprobarse previamente* la existencia de los siguientes signos de muerte:

I. La *ausencia completa y permanente de la conciencia*.
II. La *ausencia permanente de respiración espontánea*.
III. La *falta de percepción y respuesta a los estímulos externos*
IV. La *ausencia de los reflejos* de los pares craneales y de los reflejos medulares.
(Otros cuatro)

Disposición de órganos de un cadáver con fines terapéuticos, si se ha certificado la pérdida de la vida:

a) Su persistencia por seis horas de los signos a que se refieren las primeras cuatro fracciones del artículo 317

b) Además:

—Electroencefalograma isoeléctrico que no se modifique con estímulo alguno dentro del tiempo indicado (seis horas).

—Ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de bromuros, barbitúricos, alcohol y otros depresores del sistema nervioso central, o hipotermia.

Si antes de ese término se presentara un paro cardiaco irreversible, se determinará de inmediato la pérdida de la vida y se expedirá el certificado correspondiente —el certificado deberá ser expedido por dos profesionales distintos de los integrantes del cuerpo técnico que intervendrá en el trasplante.

Disposición ilícita: Art. 320

Se considera disposición ilícita aquella que se haga sin reunir los requisitos que establece la ley.

Sanciones por disposición ilícita:

Sanción administrativa: Art. 421

Al que disponga de órganos y tejidos de cadáveres sin reunir los requisitos del art. 318, se sancionará con multa que va de 200 a 2000 veces el salario mínimo general diario vigente en la zona de que se trate.

Sanción penal: Art. 462

Se impondrá de dos a seis años de prisión y multa por el equivalente de veinte a cincuenta días de salario... al que ilícitamente obtenga, conserve, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres (el artículo 314 incluye los de preembriones producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de la gestación; embriones o producto de la concepción a partir de la tercera semana de la gestación y hasta el termino de la décimo segunda semana gestacional) o fetos (el producto de la concepción a partir de la décimo tercera semana gestacional, hasta la expulsión del seno materno) de seres humanos - Aparentemente no se consideraría delito el que obtenga, conserve, utilice cadáveres de preembriones y embriones, dado que el art. 462-I habla específicamente de fetos. No obstante habla también de cadáveres y el artículo 314 abarca en tal concepto a preembriones, embriones y fetos.

Si intervienen profesionales, técnicos o auxiliares, suspensión de uno a tres años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar.

Ahora bien, se puede obtener ilícitamente o:

Art. 320. Porque hay disposición ilícita al no reunirse los requisitos que establecen los artículos 317 y 318 de la ley cuando así procede

Art. 319. Porque habiéndose certificado o reunido los requisitos, lo hacen personas o instituciones no autorizadas por la Secretaría de Salud para tal efecto.

Disponentes

Ley general de salud

Art. 315. Se considerará como *disponente originario*, para efectos de este título, a la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo (Producto: todo tejido o sustancia excretada o expedida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este título, la placenta y los anexos de la piel: Art. 314-IX)

Art. 316.- Serán *disponentes secundarios*:

I. El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario.

II. A falta de los anteriores, la autoridad sanitaria.

III. Los demás a quienes esta ley y otras disposiciones generales aplicables les confieren tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalen en las mismas.

Selección para la disposición

Art. 323. La selección del disponente originario y del receptor de órganos o tejidos para trasplante o transfusión, se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud.

Autorización para la disposición por parte del disponente

Art. 324. Para efectuar la toma de órganos y tejidos se requiere el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, libre de coacción física o moral, otorgado ante notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos, y con las demás formalidades que al efecto señalen las disposiciones aplicables. En el caso de sangre no será necesario que el consentimiento sea manifestado por escrito.

De los disponentes secundarios:

Art. 325. Cuando el disponente originario no haya expresado su consentimiento en vida para la utilización de órganos, tejidos y los componentes de su cadáver, se requerirá el consentimiento o autorización de los disponentes a que se refiere el art. 316 de esta ley; excepto cuando la autoridad competente de conformidad con la ley, ordene la necropsia, en cuyo caso la toma de órganos, tejidos y sus componentes no requerirá de autorización o consentimiento alguno.

B. *Código civil del Estado de Jalisco*:

Art. 28. Toda persona tiene derecho a que se respete:

I. Su vida
II. Su integridad física
...

Disponente originario:

Art. 36 Toda persona capaz tiene derecho a disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico de otra, siempre que tal disposición no ponga en peligro la vida del disponente.

Art. 37. Puede igualmente disponer de su cuerpo total o parcialmente, para después de su muerte, con fines terapéuticos, de enseñanza o investigación.

(No se establece la disposición del cuerpo vivo para investigación)

Forma de autorización para la disposición de parte del disponente originario:

Art. 39. En el caso de la disposición de cuerpos, total o parcialmente para después de la muerte, el consentimiento para ello se regirá por cualquiera de las siguientes formas:

I. Deberá hacerse constar mediante testamento público abierto.

II. Expresarse por escrito ratificando su firma ante notario público, depositado tal documento ante sus parientes más próximos o con personas de su confianza; y

III. Surtirá efectos la *declaración (?)* que se haga en forma expresa ante las autoridades competentes de vialidad o tránsito (?), con motivo de la expedición de documentos en los que conste la autorización para conducir automotores (?).

La autoridad respectiva deberá percatarse que se cumplieron los requisitos antes indicados y entregará el cuerpo u órgano al beneficiario (?) recabando previamente la opinión del médico legista.

Disponente secundario:

Art. 40. La disposición de órganos con fines terapéuticos (no se habla para fines de enseñanza o investigación, aunque si el art. 38) de personas fallecidas podrá también consentirse por quienes sean sus familiares (?) y hubieren convivido con la persona fallecida durante los dos últimos años que hayan precedido a su fallecimiento.

LOS ELEMENTOS ESENCIALES Y PRESUPUESTOS NECESARIOS DEL CONTRATO DE SEGURO

Humberto RUIZ QUIROZ

SUMARIO: 1. *Concepto de contrato*. 2. *Elementos esenciales del contrato*. 3. *Elementos esenciales específicos del contrato de seguro*. 4. *El riesgo*. 5. *La prestación del asegurador*. 6. *La prima*. 7. *La empresa*. 8. *Presupuestos necesarios genéricos del contrato y su aplicación al de seguro*. 9. *El interés, presupuesto necesario específico del seguro contra los daños*. 10. *¿Es el interés objeto del contrato?*

1. CONCEPTO DE CONTRATO

Aunque los elementos esenciales y presupuestos necesarios del contrato de seguro, han sido ampliamente tratados por la doctrina, desde que la práctica de este acto jurídico se extendió por el mundo, los problemas que plantea su estudio no llegan a agotarse, ni se obtiene una opinión unánime al respecto, por lo que no deja de ser oportuno disertar sobre ellos.

Para el estudio de los elementos y presupuestos de este contrato, es necesario analizar con anterioridad los elementos y presupuestos de todo contrato y para esto debemos recordar algunas definiciones de éste, especialmente la contenida en nuestras leyes, para extraer de ellas los elementos del contrato en general y posteriormente determinar los que constituyen la esencia y los que dan validez al seguro.

El Código Civil del Distrito Federal contiene en sus artículos 1792 y 1793, las siguientes definiciones:

Artículo 1972. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1973. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Estas definiciones están contenidas en casi todos los Códigos Civiles vigentes en la República Mexicana, salvo en los de Yucatán y Jalisco que no contienen definición de estos actos, en el de Campeche que sólo define el contrato y no el convenio al igual que los Códigos del Distrito Federal de 1870 y 1884; y en algunos otros existen las dos definiciones, con alguna diferencia, como después haré notar.

Esta distinción que hace el Código del Distrito Federal, entre convenio y contrato tiene su origen en el artículo 1101 del Código Civil Francés,[1] que dice:

> El contrato es un convenio (convention) por el cual una o varias personas se obligan hacia una o varias otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Semejante es el artículo 973 del Proyecto de Código Civil de Florencio García Goyena, otro de los principales modelos de la legislación civil mexicana, cuyo tenor es el siguiente:

> El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, respecto de otra o más, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.[2]

Indudablemente estos dos modelos inspiraron a nuestra legislador de 1870 para la redacción del artículo 1388, pero ésta fue tomada directamente del artículo 641 del Código Civil portugués de 1867 como puede verse al comparar los dos textos:

1 García Téllez, Ignacio, *Motivos, colaboración y concordancias del nuevo Código Civil Mexicano*, México, 1932, p. 142. Batiza, Rodolfo. *Las fuentes del Código Civil de 1928*, México, 1979, pp. 141, 846 y 847.

2 García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Madrid, 1852, tomo III p. 3.

CÓDIGO CIVIL DEL D.F. DE 1870.

Art. 1388. Contrato es un convenio por el que dos o más personas se transfieren algún derecho o contraen alguna obligación.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS DE 1867.

Art. 641. Contrato é o acordo, por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigacao.[3]

Como puede verse, la definición portuguesa y la mexicana incluyen entre el objeto del contrato la de transferir algún derecho, mientras la definición del Código Civil de Francia no hace referencia a la transmisión de derechos. La doctrina de este país considera inútil esta adición pues "en la concepción francesa, la transmisión de un derecho no es más que la consecuencia de la obligación de dar o transferir, directamente engendrada por el contrato y que es, en general, ejecutada tan pronto como creada".[4] En otras palabras, así como por el simple acuerdo de voluntades se transmite la propiedad de un bien en los contratos que tienen por finalidad transmitir el dominio de una cosa, como la compraventa; en los que tienen por finalidad transmitir un derecho de crédito, el solo acuerdo de voluntades transmite la titularidad del derecho de crédito, como consecuencia necesaria de la obligación de dar creada por el contrato de cesión del crédito, entre cedente y cesionario. Por lo tanto, al crearse la nueva relación jurídica entre cedente y cesionario, se transmite al mismo tiempo el derecho de crédito que existía antes entre el cedente y su deudor.

E1 artículo 1388 del Código Civil del Distrito Federal de 1870 fue copiado literalmente por los autores del Código Civil de 1884 y el de 1928 se inspiró en los dos anteriores; pero introdujo la definición de convenio, como género, es decir, como idea más universal; para dar en seguida la noción de contrato,

3 Paes da Silva Vaz Serra Adriano, Código Civil y portugês, Coimbra, 1954, p. 161, Batiza, Rodolfo, obra y lugar citados.

4 Esmein, Paul, *Traité pratique de droit civil français par Marcel Planiol y Georges Ripert*, tomo IV, *Obligations*, première partie, París, 1952, pp. 17 y 18

como especie, es decir, como idea menos universal y comprendida en aquélla y así permaneció fiel a sus modelos extranjeros y en última instancia a las ideas de Pothier.[5]

Sin embargo, considero con Sánchez Medal, que la distinción entre convenio y contrato es una cuestión bizantina,[6] no sólo porque, como añade el mismo autor, nuestro mismo Código Civil "hace desaparecer toda importancia de ella al establecer que los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios" (artículo 1859),[7] sino porque se puede añadir a lo sostenido por el eminente civilista que esa distinción que hacen los artículos 1792 y 1793 del Código Civil, no puede ser tajante, pues existen actos jurídicos, como la novación, que por ser un acto extintivo de obligaciones debería clasificarse como convenio en sentido amplio; pero como también crea obligaciones, puede clasificarse como contrato y, ante la duda de cuál es su verdadera categoría, nuestro legislador declaró en el articulo 2214 del Código Civil que la novación es un contrato.

Néstor de Buen, en su tesis doctoral, al realizar un intento de definición del contrato, limita el objeto de éste a la creación y transmisión de derechos y obligaciones; pero al fundamentar esta parte de su definición, dice que "no existe al parecer *una razón de fondo* que limite a los contratos, impidiéndoles producir como consecuencia, la modificación y la extinción de obligaciones y derechos..." y añade que la cuestión es opinable, "pero no excesivamente importante" y sólo admite "esa función reducida del contrato" por establecerlo así el articulo 1793 del Código Civil.[8]

Al opinar que la cuestión no es excesivamente importante, se acerca a la calificación de bizantinismo que le aplica Sánchez Medal y, por otra parte, no me parece suficiente razón para aceptar tal distinción su inclusión en un artículo del Código Civil, cuando el mismo ordenamiento no establece una clara división entre los dos conceptos de convenio y contrato.

5 POTHIER, Robert Joseph, Tratado de las obligaciones, Buenos Aires, 1978, p. 12. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los contratos civiles, México, 1994, p. 4.

6 SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, obra y lugar citados

7 *Idem.*

8 BUEN, Nestor de, La decadencia del contrato, México, 1986, p. 206.

Además, no considero que las definiciones contenidas en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil tengan carácter normativo, pues no son enteramente congruentes con el articulado de ese ordenamiento, lo que ha hecho decir a Martínez Domínguez que "más que aplicación práctica, se trata en el caso de una consideración solamente teórica, carente de positividad",[9] por lo que es válido adoptar una postura distinta a la de nuestro legislador, como es la definición que del contrato expresa un jurista español, Federico Puig Peña, para quien el contrato es "aquel acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial".[10] Definición, ésta, que coincide con la contenida en el artículo 1321 del Código Civil italiano de 1942, que a la letra dice:

> 1321. Noción. E1 contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial.

Años antes de la promulgación del Código Civil italiano, los más ilustres juristas de Francia e Italia expresaron su conformidad con la desaparición de esa relación de género a especie entre el convenio y el contrato, al dar comienzo al Proyecto de Código de las obligaciones y de los contratos con el siguiente artículo primero:

> El contrato es el acuerdo de dos o más personas para constituir, modificar o extinguir una relación jurídica".[11]

9 DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Convenio y contrato*, México, 1996, p. 170.

10 PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil Español*, Madrid, 1946, tomo IV, vol. II, p. 7.

11 COMISSIONE REALE PER LA RIFORMA DEI CODICI, COMISSION FRANÇAISE D'ETUDES DE L'UNION LEGISLATIVE ENTRE LES NATIONS ALLIÉES ET AMIES, *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, testo definitivo approvato a Parigi nell'Otobre 1927, Anno VI, *Protej de code des obligations et des contrats*, texte definitif approuvé à Paris en Octobre 1927, Roma, 1928, anno VI, pp. 2 y 3.

En nuestro país no sólo la doctrina acepta las definiciones de los artículos del Código Civil del Distrito Federal antes citados,[12] sino la legislación vigente en casi toda la República las contiene, incluso los Códigos Civiles promulgados en los últimos treinta años como son los de Zacatecas (1966), Tlaxcala (1976), Quintana Roo (1980), Puebla (1985), Querétaro (1990), Guerrero (1993), Morelos (1994); aunque los cuatro primeros añaden como finalidad del convenio la conservación únicamente de obligaciones (Tlaxcala) o la conservación de obligaciones y derechos (Quintana Roo, Puebla).[13]

En cambio el Código Civil del Estado de Jalisco de 1995, al igual que el anteriormente vigente, no contiene las definiciones de convenio y contrato; pero ambos ordenamientos en sus respectivos artículos 1329 y 1779 reproducen la norma que establece que "las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios..." de donde se desprende que para el legislador jalisciense de 1935 y de 1995, son distintos los contratos y los convenios.

2. Elementos esenciales del contrato

Cualquiera que sea la postura que asumamos, ya sea que consideremos al contrato una especie del género convenio, o bien

12 Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, México, 1939, tomo I, pp. 157 y 158. Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, tomo IV, *Contratos*, México 1966, p. 7. Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, México, 1984, pp. 31 y 32. Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México 1996, pp. 216 y 217, Martínez Alfaro, Joaquín, *Teoría de las obligaciones*, México 1989, p. 19. Treviño García, Ricardo, *Contratos civiles y sus generalidades*, Guadalajara, 1982, pp. 41 y 42.

13 Véase Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, Obra citada, pp. 217 a 219. El Código Civil de Tlaxcala fue obra de Gutiérrez y González, y los de Quintana Roo y Puebla siguieron la propuesta de dicho autor, quien se inspiró seguramente en los artículos que a continuación transcribo: artículo 944 del Código Civil argentino: "Son actos jurídicos los actos lícitos. que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, *conservar* o aniquilar derechos." Artículo 81 del Código Civil brasileño: "Todo acto lícito que tenha por fim imediato adquirir, *resguardar*, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico". Dalmacio Vélez Sarsfield, autor del Código argentino, en sus notas a éste dice que la definición de acto jurídico contenida en el artículo 944, la tomó de Ortolán. No es, por tanto, tan nuevo el concepto de Convenio que concluye la función de *conservar* derechos y obligaciones, como dice Gutiérrez y González, puesto que tiene más de un siglo.

que unifiquemos los conceptos y equiparemos el significado de estos términos y comprendamos en una misma categoría los acuerdos de voluntades que creen, extingan, modifiquen o transmitan obligaciones, sus elementos esenciales serán los mismos:

1. El acuerdo de voluntades, es decir, el consentimiento; y
2. El objeto que será el crear o transmitir obligaciones, si adoptamos la postura de nuestra legislación positiva; o será además la extinción o la modificación de obligaciones, si aceptamos la postura de Sánchez Medal y la definición de Puig Peña.

Es conveniente recordar que la doctrina sostiene que propiamente el contrato no tiene objeto sino efectos, que consisten precisamente en crear, transmitir, extinguir o modificar obligaciones, y que son las obligaciones las que propiamente tienen objeto, que por una suerte de abreviación se atribuye el objeto de la obligación al contrato[14] y es en este sentido que emplea la palabra *objeto* el artículo 1824 del Código Civil del Distrito Federal, por lo que aprovechando esa abreviación de que habla la doctrina, usaré la expresión *objeto* del contrato para designar la prestación que en realidad es el objeto de la obligación.

Consentimiento y objeto son los elementos del contrato, son las partes integrantes de él y son esenciales, porque si faltare alguno de ellos no podría existir la realidad *contrato*. Ellos forman su esencia y ésta "es aquello por lo cual una cosa es lo que es y no otra cosa; es la noción fundamental de un objeto, sin la cual no puede concebirse".[15]

El contrato, como dice Messineo, "ejerce una función y tiene un contenido constante; el de ser centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica que impliquen la composición de intereses inicialmente opuestos, o por lo menos no coincidentes..."[16].

14 Planiol, Marcel, y Georges Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, tomo II, París, 1926, p. 360.

15 Faría, J. Rafael, *Curso de Filosofía*, tomo II, *Lógica y Metafísica*, Bogotá, 1953, p. 245

16 Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, 1952, tomo I, p. 34.

Esta gran variedad de finalidades económicas del contrato se alcanza por la multiplicidad de sus posibles objetos, así habrá contratos en los que se transmita la propiedad de bienes, o simplemente se transmita el uso de ellos, habrá otros que produzcan obligaciones de realizar determinada conducta o abstenerse de otra, etc.

Todas esas finalidades se alcanzan por ese inapreciable instrumento que es el contrato, cuyo contenido y variedad ha sido enriquecido a través del tiempo, lo que ha hecho surgir distintas especies de contratos a los que la legislación positiva reglamenta para buscar el equilibrio entre las partes y realizar los fines del derecho, como son el bien común, la justicia y la seguridad jurídica.

"El legislador ha reglamentado en el Código Civil un cierto número de contratos, los más usuales, que se llaman contratos nominados. Esta reglamentación hecha para responder a ciertas necesidades del comercio jurídico, ha sido hecha bajo la forma de reglas imperativas y de reglas interpretativas".[17]

El juez al serle presentado un conflicto entre partes con base en un contrato celebrado entre ellas, debe, en primer lugar, determinar la especie de contrato que es, para así aplicar las reglas jurídicas dictadas por el legislador o, en su defecto, las del contrato más semejante al celebrado por las partes, como lo prescribe el artículo 1858 del Código Civil del Distrito Federal.

Esto es lo que se llama calificación del contrato: el juez tiene "la obligación de calificar el contrato que le es sometido, y no puede fiarse de la etiqueta puesta por las partes contratantes, las cuales pueden tener un interés en dar a su acuerdo una falsa calificación para evitar la aplicación de estas reglas imperativas".[18]

Ahora bien, la calificación del contrato que haga el juez, debe derivarse de los elementos esenciales del contrato concreto que hayan celebrado las partes, por lo que ese proceso mental para determinar esos elementos es de suma importancia.

17 ZAKI EL CHIATI, Ahmed, *Essai sur la qualification des contrats*, El Cairo, 1944, p. 15. Véase en nuestra doctrina ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, México, 1985.

18 ZAKI EL CHIATI, Ahmed, *ob. cit.*, p. 27.

Por lo tanto, al lado de los elementos esenciales de todos los contratos, es decir, de los elementos esenciales genéricos, tenemos los elementos esenciales de cada una de las especies de contrato, es decir, los elementos esenciales específicos que son los que nos permitirán calificar un contrato, a fin de aplicarle las normas que le son propias.

Recordemos nuevamente que "la esencia es aquello por lo que una cosa es lo que es y, consecuentemente, lo que la diferencia de todo lo que no es ella. Responde a esta pregunta ¿qué es esta cosa? Los seres contingentes, ya sean substanciales o accidentales, forman grupos que se distinguen los unos a los otros por caracteres íntimos poseídos en común, que son *genéricos* y *específicos*. Estas propiedades genéricas y específicas constituyen la esencia o naturaleza de los seres contingentes".[19]

Esos elementos específicos varían de un contrato a otro y la existencia o ausencia de alguno de esos elementos será lo que permita encuadrar un acto en la categoría correspondiente.

3. ELEMENTOS ESENCIALES ESPECÍFICOS DEL CONTRATO DE SEGURO

De acuerdo con lo dicho en párrafos anteriores, para catalogar un acto jurídico productor de derechos y obligaciones como contrato de seguro deberá analizarse si contiene los elementos esenciales específicos que conforman esa realidad.

Nuestra Ley sobre el Contrato de Seguro de 1935, nos proporciona el siguiente concepto de contrato de seguro:

> Por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato.

Si bien, más que una definición es una descripción del contrato,[20] de ella podemos deducir los siguientes elementos esen-

19 SORTAIS, Gastón, *Traité de Philosophie*. Lethielleux, París, 1924, tomo II, p. 465.

20 RUIZ RUEDA, Luis, *El contrato de seguro*, México, 1978, p. 48. Véase en el último párrafo del parágrafo 6 del presente trabajo el concepto de definición lógica o esencial y descriptiva.

ciales específicos, como son: el riesgo, la prima, la prestación del asegurador y la empresa.[21]

4. El riesgo

El primero de los elementos enumerados, el riesgo, es admitido por todos los juristas como elemento esencial, si bien los que analizan legislaciones que acogen la teoría de la causa lo encuadran en este elemento y los que estudian una legislación que como la nuestra, no es causalista, lo mencionan como un elemento independiente de ella; pero otros lo consideran objeto del contrato, como Vivante, quien al referirse al contenido de la póliza, conforme al artículo 420 del Código de Comercio italiano de 1882, cuyo inciso 3o. dispone que dicho documento debe expresar el objeto del contrato, sostiene que: "el objeto del contrato de seguro es el riesgo, esto es, *la probabilidad de siniestro que amenaza al patrimonio del asegurado*".[22]

En el mismo sentido un connotado jurista argentino sostiene que: "El riesgo integra el objeto del seguro. Es menester que exista, y que reúna ciertos caracteres, so pena de nulidad del contrato por falta de objeto".[23]

En México, no podemos aceptar estas opiniones, pues conforme al artículo 1824 del Código Civil del Distrito Federal son objeto del contrato la cosa que el obligado debe dar y el hecho que el obligado debe hacer, o no hacer.[24]

Garrigues se pregunta "¿Qué calificación jurídica tiene el riesgo desde el punto de vista del contrato? No es el objeto..."[25]

21 Ruiz Rueda, Luis, *op. cit.*, p. 51. Ruiz Quiroz Luis, *El contrato de seguro*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 2, México, 1978, pp. 129 a 134.

22 Vivante, César, *Del contrato de seguro*, en *Derecho Comercial* dirigido por León Bolaffio, Alfredo Rocco y César Vivante, tomo 14, vol. I, Buenos Aires, 1952, p. 92.

23 Halperin, Isaac, *Seguros, exposición crítica de las leyes 17,418 y 20,091*, edición actualizada por Juan Carlos Félix Morandi, Buenos Aires, 1991, vol. II, pp. 508 y 509. Anteriormente Halperín sostenía que "El objeto del contrato de seguro es el interés asegurable, es decir, la relación lícita sobre un bien amenazado por un riesgo; *El contrato de seguro (seguros terrestres)*, Buenos Aires 1946, p. 28.

24 Ruiz Rueda, Luis, *op. cit.*, p. 51 y 52.

25 Garrigues, Joaquín, Contrato de seguro terrestre, Madrid, 1973, p. 131

y en otra parte de su obra dice: "Quizá lo más acertado sea admitir que en el seguro, a más del objeto y la causa, existen otros elementos peculiares, a saber, el riesgo y el interés, que no se encuentran en otros contratos conmutativos...".[26]

Podríamos añadir que los contratos se distinguen unos de otros por su diferente objeto; pero también puede existir algún otro elemento esencial específico que no constituye el objeto como es el riesgo en el seguro, el fin preponderantemente económico en la sociedad civil o el fin no preponderantemente económico en la asociación civil, conforme a los artículos 2688 y 2670 del Código Civil del Distrito Federal.

5. La prestación del asegurador

La prestación del asegurador es también reconocida por la universalidad de la doctrina, como elemento esencial del contrato de seguro, aunque difieren en su naturaleza, pues algunos la concretan a la obligación de pagar la suma asegurada o la indemnización, o bien consideran que la garantía constituye la obligación de la institución aseguradora, que puede llegar hasta el pago.[27]

Ruiz Rueda sostiene que nuestra Ley sobre el Contrato de Seguro acogió la doctrina de la garantía, como se desprende del artículo 20, que se refiere al contenido de la póliza y cuyas

26 *Idem*, p. 161.

27 Sostienen que la obligación del asegurador es exclusivamente el pago: Donati, Antigono, *Trattato del Diritto delle assicurazione private*, vol. II, Milán, 1954, pp.27 a 31; y en *Los seguros privados*, Barcelona, 1960, pp. 175 y 176. Picard, Maurice y André Besson, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, París 1938, tomo I, pp. 89 y 90. Díaz Bravo, Arturo, *Contratos mercantiles*. México 1938, p. 116.

Sostienen que la obligación del asegurador consiste en la asunción del riesgo: Vivante, César, *op. cit.* Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, México, 1987, p. 294. Ruiz Rueda, Luis, *op. cit.*, pp. 61 a 63. Romero Salas, Jesús, *El interés asegurable en los seguros de cosas*, tesis, México 1969, p. 12 citada por Díaz Bravo en *op. cit.* Sánchez Calero, Fernando, en *Ley del Contrato de Seguro*, vol. I, arts. 1 a 44 comentados por ... y Francisco Javier Tirado Suárez, tomo XXIV de los *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, dirigidos por Miguel Motos y Manuel Albaladejo, Madrid, 1990, pp. 13 a 20. Aquel autor opina que el artículo 1º de la ley española parece que ha pretendido acercarse a la segunda postura, es decir, la que entiende que la obligación del asegurador es la asunción o cobertura del riesgo y él mismo parece inclinarse a esta doctrina.

fracciones III, IV y V disponen que la póliza debe mencionar la naturaleza de los riesgos garantizados, el momento a partir del cual se garantiza el riesgo, la duración de esta garantía y el monto de la garantía.[28]

Las mencionadas fracciones del artículo 20 de nuestra ley, son una traducción literal de sendos párrafos del artículo 9 de la ley francesa de 13 de julio de 1930, que fue uno de los modelos que sirvieron a nuestro legislador de 1935. La misma terminología usa otro de los modelos de nuestra ley: el Proyecto Mossa, en su artículo XIV, cuando se refiere a la *garantía* del riesgo al regular el periodo de seguro.[29]

Por último Bruck al comentar el tercer modelo de la ley mexicana, es decir, la helvética Ley Federal sobre el Contrato de Seguro de 1908, se adhiere a la doctrina que sostiene que la obligación del asegurador es garantizar o soportar el riesgo y que al verificarse el siniestro "la responsabilidad potencial del asegurador se transforma en responsabilidad actual".[30]

6. La prima

La prima es considerada por la casi totalidad de los tratadistas mexicanos y extranjeros como elemento esencial del contrato de seguro, pues es la contraprestación a que necesariamente debe obligarse el contratante o tomador del seguro al perfeccionarse este acto jurídico. La prima y la prestación del asegurador constituyen el objeto del contrato de seguro.

El seguro, aun en la época en que se consideraba que podía celebrarse como operación aislada, no se concebía ni podía concebirse, sin el pago de una cantidad por parte del contratante o tomador del seguro, el que asumía la obligación de cubrir el riesgo y en su caso de pagar la indemnización o la suma asegurada; con mayor razón en la actualidad, en que sólo puede

28 Ruiz Rueda, *op. cit.*, pp. 62 y 63

29 Mossa, Lorenzo, *Saggio legislativo sul contratto di assicurazione*, Pisa, 1931-X, p. 55

30 Bruck, Ernest, *Lineamenti generali della legislazione svizzera sulle assicurazioni private. Studio introducttivo sulla legislazione svizzera*, Roma 1937, p. 60.

ser contratado con instituciones autorizadas por el estado, sujetas a una organización técnica, requerida por las leyes administrativas, es imposible contratar un seguro gratuito, es decir, sin contraer la obligación de pagar la prima.

Si se suprimiera la prima de la esencia del seguro, se celebraría un contrato por el que una persona se obligara a pagar una suma de dinero o a pagar una indemnización, al verificarse la eventualidad prevista en el contrato, sin que su contraparte asumiera la obligación de pagar una prima, no estaríamos en presencia de un seguro, sino de un acto gratuito, de beneficencia; pero no de un contrato de seguro.

Esto nos hace evidente que la prima es un elemento esencial del contrato de seguro. Nuevamente quiero hacer hincapié en lo que debe entenderse por elemento esencial, ahora con palabras de un civilista mexicano: "Llámase elemento la parte integrante de una cosa que si falta, esa cosa no existe como tal, aunque de hecho puede existir una diversa".[31] Si falta la prima no existe el seguro, aunque de hecho puede existir un contrato diverso.

"La prima es en efecto tan esencial como el riesgo. Sin primas el asegurador no podría constituir el fondo necesario para el pago de las indemnizaciones: habría quizás donación condicional, no habría seguro, precisamente porque los siniestros no pueden ser pagados sino gracias al conjunto de contribuciones de los asegurados", expresan los franceses Picard y Besson.[32]

"La prima es elemento esencial del contrato de seguro..." nos dice Donati, y añade: "una cobertura aseguradora sin prima sería una donación pero no un seguro."[33]

El jurista italiano Domenico Barbero asevera que: "La prima que se paga al asegurador es la contrapartida del riesgo que asume. Esto es esencial al contrato de seguro, como el precio a la compraventa".[34]

31 Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 26.

32 Picard y Besson, *op. cit.*, tomo I, p. 69.

33 Donati, Antigono, *Los seguros... op. cit.*, p. 273 y *Trattato...* citado, vol. I, p. 355.

34 Barbero, Domenico, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Turín 1949, tomo II, p. 583.

En España, entre otras, encontramos esta opinión:

> "Se dice por todos los autores que la prima es un elemento esencial en el contrato de seguro. Desde un punto de vista técnico-económico, porque el asegurador no puede efectuar la cobertura del riesgo si no recauda los fondos suficientes para cubrir las necesidades de la mutualidad de asegurados. Desde un punto de vista jurídico, porque la Ley considera que el contrato de seguro es oneroso, lo que la voluntad de las partes no puede desvirtuar".[35]

En este hemisferio, cuatro recordados juristas, que fueron distinguidos miembros de la Asociation International de Droit des Assurances: Isaac Halperin, Juan Carlos Félix Morandi, Efrén Ossa y Luis Ruiz Rueda incluyen a la obligación de pagar la prima, entre los elementos esenciales del contrato de seguro.[36]

Innumerables citas pueden añadirse con opiniones idénticas, que contrastan con la de un mercantilista mexicano, quien sostiene que el seguro tiene "dos elementos personales y dos objetivos; son los primeros: *a*) una empresa aseguradora, y *b*) un tomador o contratante del seguro..." y añade más adelante: los elementos objetivos son: *c*) la obligación de resarcir el daño, o de pagar una suma en efectivo al ocurrir el acontecimiento previsto en el contrato, a cargo del asegurador, y *ch*) la obligación que asume el tomador de pagar la prima.[37]

No pretendo analizar la clasificación de elementos de los contratos que ha introducido en nuestro medio la doctrina espa-

35 SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *op. cit.*, vol. I, pp. 214 y 215. En el mismo sentido GARRIGUES, Joaquín, *Contrato...* citado p. 189. BENÍTEZ DE LUGO, Raymundo Luis, *Tratado de seguros*, Madrid, 1955, vol. I, p. 313. WEYER, Paul, *La prime d'assurance*, París, 1932, pp. 1 y 2. HÉMARD, Joseph, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, París, 1924. pp. 73, 74 y 89.

36 HALPERIN, Isaac, *El contrato...* citada p. 168; y *Seguros* citada, actualizada por Juan Carlos FÉLIX MORANDI, vol. I, p. 390. OSSA, Efrén, *Tratado elemental de Seguros*, Medellin, 1956, pp. 173 y 231; y Bogotá, 1963, pp. 303 y 392. RUIZ RUEDA, Luis, *op. cit.*, pp. 51 y 60. En el mismo sentido VÁZQUEZ DEL MERCADO, Óscar, *Contratos mercantiles*, México, 1989, p. 279. OLVERA DE LUNA, Omar, *Contratos mercantiles*, México, 1989, p. 268

37 DÍAZ BRAVO, Arturo, *op. cit.* p. 112.

ñola, que los divide en personales, reales y formales, que Díaz Bravo designa como personales, objetivos y formales; sino limitarme a analizar si la prima es o no elemento esencial conforme a la ley mexicana, ya que páginas adelante este autor niega que la prima sea elemento de existencia del contrato.[38]

La calificación como elemento esencial o elemento de existencia de una cosa, deriva de la necesidad ontológica y lógica, consistente en que sin ese elemento la cosa no existe o es otra distinta. No puede concebirse siquiera el contrato de seguro si no se pacta el pago de la prima. Díaz Bravo argumenta, en contrario, lo siguiente:

> Suele, en efecto, afirmarse que la prestación dineraria a cargo del tomador es la más importante de las que le finca el vínculo contractual.
>
> "Encuentro, sin embargo, serias dificultades para compartir tal postura, a la luz de los textos legales mexicanos; en efecto:
>
> *a*) La falta de pago de la prima no es condición de la asunción del riesgo por parte del asegurador, como resulta del artículo 21-II LCS: "El contrato de seguro... II. No puede sujetarse... a la condición del pago de la prima...", al paso que, conforme a otras legislaciones, el pago de la primera prima o fracción de ella es requisito para que surta efectos el seguro.
>
> Así, en Italia (Código Civil, artículos 1901 y 1924; véase también DONATI, Trattato...cit., nos. 450 y 452); en España (Ley del Contrato de Seguro, art. 15) el asegurador tiene, en el mismo supuesto, derecho de resolver el contrato y, si persiste la falta de pago el día del siniestro, queda liberado de su obligación;
>
> *b*) Si dentro del plazo legal de gracia (art. 40 LCS) para el pago de la prima o fracción --treinta días-- ocurre el siniestro, el siniestro, el asegurador debe cumplir su obligación aunque hubiere recibido cantidad alguna por concepto de prima, si bien, como es lógico, tiene derecho a descontar, de la suma

38 DÍAZ BRAVO, Arturo, *op. cit.*, p. 122.

indemnizable, las primas y préstamos sobre pólizas que se le adeudaren (art. 33).

Por manera, pues, que legalmente es posible el siguiente curioso supuesto: se contrata un seguro de daños y, antes de que transcurran treinta días —plazo dentro del cual debe mantenerse la cobertura aunque no se haya pagado la prima, cual es el caso de este supuesto— ocurre el siniestro: el asegurador debe pagar el valor de los daños, y sólo puede compensar el importe de la prima, con lo cual resulta que el asegurado se benefició de la cobertura y posterior indemnización, sin desembolso alguno, y sólo al percibir esta última debe aceptar la correspondiente reducción de la suma asegurada."[39]

Páginas más adelante, como consecuencia de los razonamientos que antes transcribo, sostiene que con ellos "quedó demostrado que la prestación a cargo del tomador no es un elemento de existencia del seguro, pero sí de la definición, por cuanto se trata de un contrato oneroso y bilateral." [40]

No comparto la opinión transcrita, pues el hecho de que en un contrato bilateral las prestaciones no se realicen necesariamente en forma simultánea, por disposición de la ley o por acuerdo de las partes; o el hecho de que las prestaciones puedan compensarse, no impide que las obligaciones hayan nacido y se extingan posteriormente, ya sea por la vía del pago, de la compensación o de cualquier otra causa.

Recuérdese que los modos de extinción de las obligaciones se suelen clasificar en formas en las que el acreedor recibe satisfacción de su derecho de crédito o formas en que no hay esa satisfacción.

Además del pago, las obligaciones "se extinguen también cuando el acreedor recibe satisfacción de otro modo que por la ejecución misma de la obligación: ello es así en caso de dación en pago, de novación, de confusión, de compensación. Bajo una forma o bajo otra dación el acreedor ha sido pagado".[41]

39 DÍAZ BRAVO, Arturo, *op. cit.*, p. 117.

40 DÍAZ BRAVO, Arturo, *op. cit.*, pp. 122 y 123.

41 PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tomo VII, *Obligations*, con el curso de Paul ESMEIN, Jean RADOUANT y Gabriel GABOLDE, París, 1954, p. 550.

El hecho de que la cobertura del asegurador surta efectos desde antes de que se pague la prima y que incluso nazca la obligación del asegurador de pagar la indemnización o la suma asegurada sin que se haya pagado la prima, carece de importancia alguna, para suprimir el carácter de elemento esencial de la obligación de pagar la prima.

Si una persona vende un bien y transmite su propiedad en el momento de perfeccionarse el contrato y el precio se hace exigible varios años después ¿dejaría de ser elemento esencial la obligación de pagar el precio en el contrato de compraventa? O en un caso de situación de cuenta corriente, en la que algunos de los actos jurídicos celebrados entre las partes se cumplan mediante la compensación de saldos ¿esto suprimiría el carácter esencial de las obligaciones pactadas en los diversos actos jurídicos celebrados entre las partes? Veo difícil que alguien pueda responder afirmativamente.

Pues bien, no puede admitirse con apego a la lógica, que la prima no sea elemento esencial del contrato de seguro y, por lo tanto, no creo que con los argumentos de Díaz Bravo "quedó demostrado que la prestación a cargo del tomador no es elemento de existencia del seguro...",[42] como sostiene en su texto sobre contratos mercantiles, citado anteriormente.

Pero si esta novedosa teoría no me parece acertada, menos me parece convincente que sin ser elemento de existencia "sí lo es de cualquier definición por cuanto se trata de un contrato oneroso y bilateral".[43]

Cabe preguntar ¿qué es la definición, si no la expresión de la esencia de lo definido? La definición real consiste en explicar la naturaleza de una cosa; entre las definiciones reales se debe distinguir dos clases, "la definición lógica o esencial: es la definición propiamente dicha; la definición descriptiva o impropiamente dicha".[44] Estas últimas son aquellas que determinan

42 DÍAZ BRAVO, Arturo, *op. cit.*, p. 122.

43 DÍAZ BRAVO, Arturo, *op. cit.*, pp. 122 Y 123.

44 SORTAIS, Gaston, op. cit., tomo I, p. 521.

el contenido de una idea y circunscriben los límites que las separan de otras ideas. Si un elemento es indispensable para la definición, quiere decir que forma parte de su esencia y por el contrario, si no forma parte de su esencia, sobra en la definición.[45] La supresión de la obligación de pagar la prima de la esencia del contrato de seguro, resulta novedosa, pero sostener que es elemento de la definición y no de la esencia, es revolucionar la ontología y la lógica.

7. La empresa

El último de los elementos esenciales específicos del contrato de seguro es la empresa, como lo sostiene la doctrina dominante en el presente. No puede concebirse actualmente la operación aislada de seguro, pues ésta debe descansar en el procedimiento económico de la mutualidad, debe reunirse una gran masa de riesgos homogéneos para distribuir las consecuencias económicas dañosas que producen los siniestros.

Como dice Vivante "El negocio aislado de seguro, asumido ocasionalmente por el comerciante que quiera probar fortuna, es ya un anacronismo."[46]

La calidad de asegurador es necesaria "para distinguir el seguro de otros contratos que contienen la asunción de un riesgo ajeno sin constitución de un fondo de primas destinado a resarcir los siniestros. Sin este carácter distintivo la fianza, y en general toda garantía a título oneroso tendría que definirse como un seguro contra el riesgo de la insolvencia; la constitución de una renta vitalicia, como un seguro para el caso de vida...."[47]

Las legislaciones actuales en todos los países exigen autorización del estado para ejercer la actividad aseguradora y hasta

45 *Idem*, p. 523. Faría, J. Rafael, *op. cit.*, p. 60.
46 Vivante, César, *op. cit.*, p. 13.
47 Vivante, César, *op. cit.*, vol. I, pp. 13 y 14.

tipifican como delito su realización por quienes carezcan de esa autorización.[48]

Podemos concluir con Vivante "que sólo es capaz de producir todos los efectos (acciones y excepciones) de un contrato de seguro el contrato que haya sido asumido por una empresa aseguradora, esto es, por una empresa que ejerza la tal industria constituyendo con las inversiones de los asegurados un fondo de primas destinado a suministrarle los capitales asegurados a los vencimientos prometidos."[49]

8. Presupuestos necesarios genéricos del contrato y su aplicación al de seguro

Messineo, después de tratar de los elementos esenciales del contrato, constitutivos o intrínsecos, se refiere a los elementos accidentales, que pueden presentarse o no en ese acto jurídico, sin que su validez quede comprometida; para en seguida mencionar los llamados presupuestos de validez, que, aunque extrínsecos, ejercen una función integradora respecto al contrato.[50]

De acuerdo con nuestro derecho, estos presupuestos, cuya ausencia señala el artículo 1295 del Código Civil del Distrito Federal como causas de invalidez son: la capacidad de obrar, el

48 Los artículos 1º, 3º y 141 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros contienen las siguientes disposiciones: Art. 1º Las empresas que se organicen y funcionen como instituciones de seguros y sociedades mutualistas de seguros, quedan sujetas a las disposiciones de esta ley. "Las instituciones nacionales de seguros se regirán por sus leyes especiales y, a falta de éstas o cuanto en ellas no esté previsto, por lo que estatuye la presente. Art. 3º. En materia de actividad aseguradora, I. Se prohíbe a toda persona física o moral distinta de las señaladas en el artículo 1º de esta ley, la práctica de cualquier operación activa de seguros en territorio mexicano..." Art. 141. Serán sancionadas las violaciones a lo dispuesto en el artículo 3º de esta ley, conforme a lo siguiente: I. Con prisión de seis meses a diez años y multa de 1500 a 5000 días de salario, a quienes en contravención a lo dispuesto por las fracciones I y IV de este artículo, practiquen operaciones activas de seguros o a quienes actúen como intermediarios en las operaciones que dichas personas realicen.); y prescriben normas estrictas para que se observe la técnica adecuada para poder compensar los riesgos, conforme a las leyes de la estadística.
49 Vivante, César, *op. cit.*, vol. I, p. 14.
50 Messineo, Francesco, *op. cit.*, p. 73.

consentimiento no viciado, la licitud en el objeto, motivo o fin y la forma; los cuales se requieren en el contrato de seguro, con excepción de la forma porque conforme al artículo 21 de la ley que lo regula, este acto no sólo es consensual, sino imperativamente consensual.[51]

A los presupuestos necesarios mencionados se les aplica en el contrato de seguro, los principios generales de los contratos, aunque respecto a los dos últimos se encuentran algunas normas específicas en las leyes que regulan el seguro.

Así, respecto al error o dolo que sufra el asegurador al celebrar el contrato, se establece un régimen especial en las leyes atinentes a este contrato, como el contenido en la Ley sobre el Contrato de Seguro mexicana, cuyos artículos 8o, 9o, 10, 47, 48, 49, 50, 51 y 82 regulan las consecuencias de la omisión o inexacta declaración al describir riesgo, en la propuesta u oferta de contrato; régimen que es tratado ampliamente en las obras generales sobre el contrato de seguro y en monografías específicas sobre este problema, que rebasa el tema del presente trabajo.[52]

En lo que respecta a la licitud en el objeto, fin o motivo del contrato, las leyes suelen hacer mención expresa de algunos casos de ilicitud, como es la prohibición de que la aseguradora cubra los siniestros causados por dolo o mala fe del asegurado, o la causa de nulidad que se establecía en las fracciones V y VI del artículo 856 del Código de Comercio, respecto a los seguros que recayeren sobre géneros de ilícito comercio o sobre buque

51 El artículo 21 de la Ley sobre el Contrato de Seguro dice así: El contrato de seguro: I. Se perfecciona desde el momento en que el proponente tuviere conocimiento de la aceptación de la oferta. En los seguros mutuos será necesario, además, cumplir con los requisitos que la ley o los estatutos de la empresa establezcan para la admisión de nuevos socios; II. No pueden sujetarse a la condición suspensiva de la entrega de la póliza o de cualquier otro documento en que conste la aceptación, ni tampoco a la condición del pago de la prima; III. Puede celebrarse sujeto a plazo, a cuyo vencimiento se iniciará su eficacia para las partes, pero tratándose de seguro de vida, el plazo que se fije no podrá exceder de treinta días a partir del examen médico, si éste fuera necesario, y si no lo fuere, a partir de la oferta.

52 Véase RUIZ RUEDA, Luis, *La carga de la descripción precontractual del riesgo en Revista Mexicana de Seguros*, núm. 157, dic. de 1956, pp. 4 a 14; y RUIZ GUTIÉRREZ, Luis Ricardo, *El consentimiento viciado del asegurador en el contrato de seguro.*

dedicado habitualmente al contrabando, aunque la tendencia actual es en el sentido de no ejemplificar los casos de ilicitud que varían según los tiempos y lugares.[53]

En la práctica seguida en nuestro país, alguna póliza, como la que se usa en seguro de crédito, establece expresamente que para conceder la cobertura es necesario que los créditos correspondan a mercancía de lícito comercio y de exportación permitida.

9. EL INTERÉS, PRESUPUESTO NECESARIO ESPECÍFICO DEL SEGURO CONTRA LOS DAÑOS

Pero así como respecto a los elementos esenciales del contrato de seguro analicé los específicos, debo referirme ahora a un presupuesto necesario que se da en el contrato de seguro contra los daños: me refiero al interés asegurable.

Se ha discutido y se sigue discutiendo en torno al interés en el seguro: primero, si éste debe existir en todos los contratos de este tipo o sólo en el seguro de daños; y segundo, si el interés constituye el objeto del contrato y, por lo tanto, es un elemento esencial o incluso, si tiene este último carácter, aun sin formar parte de su objeto.

Respecto a la primera cuestión cabe decir que es un problema complejo, que merece un estudio amplio y específico del que no me ocuparé, pues rebasa los límites de un artículo como el presente; pero manifiesto mi adhesión a quienes niegan el requisito de interés asegurado en el seguro de vida, aunque en el de gastos médicos es evidente que existe, por lo que nuestra ley, en el primer párrafo del artículo 152 dispone que: "El seguro de personas puede cubrir un interés económico de cualquier especie, que resulte de los riesgos de que trata este título, o bien dar derecho a prestaciones independientes en absoluto de toda pérdida patrimonial derivada del siniestro"

53 Véase DONATI, Antigono, *L'inassicurabilità del rischio*, en *Revista del Diritto della Navigazione*, Milán, 1950, pp. 192 y sigs., donde estudia la inaseguribilidad jurídica del evento causado dolosamente por el asegurado, ocasionado por actividad ilícita de éste y el evento sobre intereses ilícitos; también en *Trattato*, citada pp. 129 y sigs.

Al iniciar cualquier estudio sobre el interés en el seguro, nos encontramos que mientras el entender la necesidad del interés del asegurado en el contrato que cubre el riesgo del daño que pueda sufrir una persona en su patrimonio, es un problema sencillo, por el carácter indemnizatorio del seguro contra los daños y es igualmente sencillo entender cuándo una persona tiene interés en que no se produzca un siniestro, al estudiar las diversas definiciones que proporcionan los tratadistas de doctrina jurídica respecto al interés asegurado, vemos que su definición es problema que presenta dificultades.

Ferrarini, en interesante monografía nos dice que "una definición del interés falta en los textos legislativos"[54] a lo que comento que debemos congratularnos por la ausencia de esa definición, pues si es difícil definir un contrato, mucho más complicado es expresar esa noción abstracta de carácter económico, respecto de la que los autores distan de ponerse de acuerdo; aunque en lo que sí coinciden es en considerar que la acepción del interés que debemos utilizar en relación con el seguro, es un concepto económico: "Tal relación económica de la persona con la cosa llámase interés".[55]

El mismo Ferrarini dice que: "El interés, como relación de una persona con una cosa, existe independientemente de un riesgo, que lo amenace. El riesgo no constituye la premisa del interés: la relación y la suerte del interés son independientes".[56]

Donati define el interés diciendo que "es una relación, susceptible de valoración económica, entre un sujeto y una cosa apta a satisfacer una necesidad, a prestar una utilidad, o más brevemente una relación económica (*quae inter est*) entre un sujeto y un bien; su sumisión al riesgo no es requisito del interés, sino de su asegurabilidad".[57] Tanto Ferrarini como Donati

54 FERRARINI, Sergio," L'interesse nell'asicurazione" en *Saggi in scienze assicurative*, Pisa, 1935-XIV, vol. I, p. 95.

55 FERRARINI, Sergio, ensayo citado, p. 97.

56 *Idem*. p. 99.

57 DONATI, Antigono, *Los seguros*... citado p. 223; y también en *Trattato*... citado vol. II, p. 144.

consideran que el interés es un concepto independiente del riesgo, por eso este último considera que los elementos del interés son el sujeto, el objeto y la relación[58] y añade:

> Sujeto del interés es aquella persona... que está en relación con un bien...
>
> "Puede ser objeto del interés (cosa asegurada) cualquier cosa apta para satisfacer una necesidad, es decir, que tenga una utilidad y, por tanto, susceptible de valor o, más brevemente, cualquier bien..."
>
> "La relación entre el sujeto y el objeto ha de ser de naturaleza económica, susceptible de valoración...".[59]

En el mismo sentido Buttaro sostiene que: "en la definición de interés no entran a formar parte el daño y el riesgo, porque existe un interés asegurable también cuando todavía no se ha verificado el siniestro e igualmente si no se verifica durante toda la vigencia del contrato, ya que cada uno tiene interés en la conservación y disponibilidad de los bienes independientemente de la verificación del siniestro, y la existencia del riesgo no está implícita en el concepto de interés, sino que constituye simplemente un requisito para su asegurabilidad."[60]

Si los conceptos de interés y riesgo son independientes, aunque se relacionen al celebrarse el contrato de seguro, no tiene por qué plantearse el problema si el interés es elemento del riesgo o si éste es elemento de aquél, pues en mi opinión no es elemento el uno del otro, sino al coincidir en el contrato de seguro se relacionan y se limitan.

Cuando Donati dice que la sumisión del interés al riesgo no es requisito de aquél, sino requisito de su asegurabilidad, lo único que asevera es que sin riesgo no puede haber contrato de seguro. En otras palabras, si yo soy titular de diversos intereses; pero éstos no están expuestos a riesgo alguno, no puedo asegurarlos; pero de ello no se concluye que el riesgo sea elemento del interés.

58 DONATI, Antigono, *Los seguros*... citado p. 229; y *Trattato*... citado vol. II, p. 214.

59 DONATI, Antigono, *Los seguros*... citado pp. 229 y 230 y *Trattato*... citado vol. II, p. 214.

60 BUTARRO, Luca, *L'interesse nell'assicurazione*, Milán, 1954, p. 14.).

Así, como en la compraventa es necesario que el comprador esté legitimado para comprar, es decir, que no le afecte alguna de las prohibiciones que prevé el artículo 2276 del Código Civil del Distrito Federal;[61] y esa legitimación para adquirir no es elemento de la cosa vendida, sino una cualidad del comprador, igualmente el interés en el seguro contra los daños es una cualidad del asegurado y no un elemento del riesgo. Para que el comprador pueda adquirir por compraventa no debe estar comprendido en las prohibiciones del artículo citado y para que el asegurado tenga derecho a la indemnización, debe tener interés: las dos son cualidades de una de las partes de la relación obligatoria nacida del contrato

No comparto por tanto, la opinión que hace del interés un elemento del riesgo, a pesar del respeto que me merecen autores como Sotgia[62] y el obvio y especial que tengo por Ruiz Rueda;[63] pues en mi opinión riesgo e interés, concurren en el contrato de seguro contra los daños, como factores distintos, intrínseco uno: el riesgo; y extrínseco el otro: el interés, como calidad del asegurado que debe tenerlo, es decir, de estar interesado en que no se realice el siniestro.

El riesgo eventualidad dañosa, concepto *abstracto*, incluido en las diversas definiciones o descripciones del contrato de seguro, como la contenida en el artículo primero de nuestra ley, al preverse en un seguro determinado y, por lo tanto, determinarse en relación con su objeto, con el tiempo y lugar, con sus causas, etc.[64] al celebrarse el contrato, *se concreta*; por lo que su realización sólo puede tener efectos económicos *en uno o varios patrimonios determinados*, cuyo titular o titulares tienen, por esto, interés en la no realización del siniestro, es decir, tienen una cualidad que la ley exige para que puedan ser acreedores a la indemnización que constituye, junto con el pago de la prima, el objeto del contrato. Esa cualidad que debe tener el asegurado se relaciona con el riesgo; pero no es elemento de él, sino cualidad de una de las partes de la relación obligacional aseguradora, es un presupuesto para que esa persona pueda ser acreedora de la indemnización y pueda exigir su pago al asegurador; pero no tiene, en mi concepto, el carácter de elemento del riesgo como sostiene Ferri.[65]

61 El artículo 2276 del Código Civil del D.F. dice: Art. 2276. Los magistrados, los jueces, el Ministerio Público, los defensores oficiales, los abogados, los procuradores y los peritos no pueden comprar los bienes que son objeto de los juicios en que intervengan. Tampoco podrán ser cesionarios de los derechos que se tengan sobre los citados bienes.

62 SOTGIA, Sergio, *Diritto delle assicurazione*, Padua 1946, p. 120.

63 RUIZ RUEDA, Luis, *op. cit.*, pp. 165 y 166.)

64 RUIZ RUEDA, Luis, *op. cit.*, p. 56, DONATI Antigono, *Trattato* citado, vol. II, pp. 144 y sigs.

10. ¿ES EL INTERÉS OBJETO DEL CONTRATO?

La relación económica en que consiste el interés, ha sido considerada como objeto del contrato de seguro contra los daños, como lo hace Ferrarini, después de combatir las teorías que hacen de la cosa asegurada y del riesgo el objeto del contrato, con estas palabras: "Más segura y más exacta que las precedentes aparece finalmente una tercera teoría, la que ve en el interés el objeto del seguro contra los daños. Según tal teoría; objeto de la protección aseguradora es la relación económica en la cual el asegurado se encuentra con la cosa asegurada, relación amenazada por el riesgo asegurado".[66]

Picard y Besson sostienen también que el interés es el objeto del contrato de seguro[67] y Weens nos dice igualmente que: "Cualquiera que sea la definición que de él se dé, el interés se presenta como una noción independiente, un elemento del derecho de seguro enteramente distinto de la cosa asegurada. Esta diferenciación entre el interés y la cosa ha mostrado que *el verdadero objeto del seguro no es la cosa, como se creía anteriormente, sino el interés*".[68]

65 FERRI, Giuseppe, *L'intèresse nell'assicurazione danni* en *Assicurazioni*, 1941, vol. I, p. 208. En el mismo sentido RUIZ RUEDA, Luis, *op. cit.*, pp. 165 y 166.

66 FERRARINI, Sergio, *op. cit.*, p. 106.

67 PICARD, Maurice y André BESSON, *op. cit.*, tomo II, p. 9, 1940.)

68 WEENS, Charles, *L'assurance des choss. Contrat d'indemnité*, París, 1927, p. 102.).

Buttaro, en su obra antes citada, más moderna que la de Weens, después de examinar diversas teorías relativas a cuál pueda ser el objeto del contrato de seguro sostiene que: "No ha faltado finalmente quien ha considerado que en vez de la cosa o del riesgo, el objeto del contrato de seguro contra los daños pueda estar constituido por el interés del asegurado en la conservación de los bienes. Es ésta, como al principio aludíamos, la tercera posible solución de nuestro problema, que nos hemos reservado para examinar por último no sólo porque ha sido la última en ser expuesta por la doctrina y es la que goza de mayores adhesiones sobre todo en Francia y en Alemania, sino porque es la que en nuestra opinión hace evidente la particular estructura del contrato de seguro".[69]

A pesar de las anteriores opiniones de eminentes juristas y de los interesantes estudios que realizan para fundarlas, si el interés es una relación económica entre la persona y el peligro de daño, aquél no puede ser *objeto* del contrato de seguro contra los daños como lo afirman, puesto que como dije antes al negarle también al riesgo este carácter, el *objeto* del contrato es la cosa que el obligado debe dar o el hecho positivo o negativo que debe realizar, por lo que el interés no puede ser el *objeto* del contrato de seguro,[70] aun teniendo a la vista el artículo 85 de nuestra Ley sobre el Contrato de Seguro, que como dos de sus modelos: la ley francesa de 1930 y la ley suiza de 1908 que regulan ese contrato, dispone que: "Todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro podrá ser objeto del contrato de seguro contra los daños".

Leyes más modernas, como el Código Civil italiano de 1942 y la Ley del Contrato de Seguro de España de 1980, no califican de objeto del contrato al interés; e igualmente la Ley de Seguros argentina de 1967 y el Código de Comercio de Colombia en su texto actualmente vigente, no califican al interés de objeto del contrato de seguro, aunque este último lo incluye entre sus elementos esenciales (art. 1045).

69 BUTTARO, Luca, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

70 Véase *supra* parágrafo 4.

La calificación de objeto del contrato que se ha hecho por la doctrina y las leyes, respecto al interés asegurable, constituye "una reacción a la teoría menos reciente que reconocía el objeto del seguro en la cosa asegurada," nos hace notar Ferri;[71] ya que algunas leyes, actualmente consideradas anticuadas, así lo sostenían y la doctrina las seguía, sin una reflexión profunda.

Así el Código de Comercio italiano de 1882, en varias de sus disposiciones acoge esta postura según referencia de Ferrarini;[72] pero especialmente en los artículos 606 y 607 relativos al seguro marítimo, en los que enumera *lo que puede ser objeto del seguro* (la nave, las máquinas, aparejos, armamento, etc.) *y lo que no puede formar parte de ese objeto* (salarios de la tripulación, cantidades tomadas a préstamo a la gruesa). Es la terminología de las antiguas Ordenanzas, dice Vivante,[73] que fue tomada por la legislación marítima del siglo XIX.

Por eso también el Código de Comercio español de 1829 establecía en su artículo 848, que: "Pueden ser *objeto* del seguro marítimo: el casco y quilla de la nave; las velas y aparejos; el armamento; las vituallas o víveres... y todos los efectos comerciales sujetos al riesgo de la navegación."

E1 Código de Comercio español de 1885, conservó la misma postura, pues menciona las cosas aseguradas con la expresión objeto del seguro en los artículos 383, 743 y 744, referentes al seguro marítimo, pues ese ordenamiento al igual que otros de carácter mercantil del siglo XIX, dedica pocas normas al seguro no marítimo.

La doctrina española de épocas pasadas sigue la corriente de su ley positiva y designa como objeto del contrato de seguro a las cosas aseguradas, como lo hace Gamechogoicoechea en su obra de *Derecho marítimo español*,[74] si bien declara que es norma fundamental la contenida en la legislación alemana que atribuye al interés el carácter de objeto del contrato de seguro.[75]

71 FERRI, Giuseppe, artículo citado, p. 210.

72 FERRARINI, Sergio, ensayo citado, p. 103.

73 VIVANTE, César, *op. cit.*, vol. I, p. 92.

74 GAMECHOGOICOECHEA Y ALEGRÍA, Francisco de, *Tratado de Derecho Marítio español*, tomo IV, *Seguros marítimos. Préstamo a la gruesa*, Bilbao, 1941, pp. 51 a 73.

75 *Idem*, pp. 51 y 14 y nota uno, al pie de ésta.

Gay de Montellá menciona indistintamente las cosas aseguradas y el interés como objeto del seguro, pues mientras en un párrafo se refiere a las cosas materiales e inmateriales como objeto de ese contrato, así como al beneficio esperado, en otro dice que "en el fondo es el interés de salvar tales objetos, de evitar a los mismos un daño, lo que forma el objeto esencial del seguro".[76]

Todavía en 1942 Félix Benítez de Lugo identifica la cosa asegurada con el objeto del contrato de seguro, al sostener que "...todas las cosas que se hallan en el comercio de los hombres pueden ser objeto del contrato de seguro, a condición de tener una existencia real y estar sujetas a un riesgo".[77] También la antigua doctrina francesa consideraba, siguiendo el artículo 334 de su Código de Comercio que se refiere al seguro marítimo, que las cosas aseguradas son el *objeto* del seguro y así Lyon Caen y Renault las califican como elemento esencial del contrato de seguro.[78]

En cambio Bonnecase dice que en el lenguaje corriente se designa a la cosa asegurada como objeto del contrato de seguro; pero si se hace un análisis jurídico, el *objeto* no será la cosa asegurada, sino el pago de la prima y el pago eventual de la indemnización.[79]

El Colombia, Efrén Ossa, con base en el Código de Comercio Terrestre de 1887 afirmaba que "el interés asegurable es el *objeto* del contrato de seguros y por lo mismo, uno de sus elementos esenciales".[80]

Por lo que a México se refiere, los Códigos de Comercio de 1854 y 1884, al referirse al seguro marítimo siguen a su modelo: el Código de Comercio español de 1829, y designan a las cosas aseguradas con la expresión objeto del seguro;[81] mientras el Código de Comercio mexicano de 1889 tanto enla parte relativa al seguro marítimo, como en la relativa al seguro no marítimo, pues este código reglamenta detalladamente este último, atribuye el carácter de objeto del seguro indistintamente, a las cosas aseguradas, al interés y a la obligación de indemnizar.[82]

Los Códigos Civiles del Distrito Federal del siglo pasado reglamentaban el seguro realizado por cualquier persona o corporación capaz de obligarse y designaban a las cosas aseguradas como objeto o materia del seguro.[83]

Nuestra ley sobre el Contrato de Seguro de 1935, como sabemos, siguió la corriente que surgió como reacción a la vieja doc-

76 GAY DE MONTELLA, R., *Código de Comercio español comentado*, tomo III, vol. I, Barcelona, 1936, p. 336.

77 BENÍTEZ DE LUGO, y RODRÍGUEZ, Félix, *Tratado de seguros*, tomo II, Madrid, 1942, p. 34.

78 LYON-CAEN, Charles y León RENAULT, *Manuel de droit commercial*, París, 1924, p. 870.

79 BONNECASE, Julien, *Traité de droit commercial maritime*, París, 1923, p. 602.

80 OSSA, Efrén, *op. cit.*, de. 1956, p. 151.

81 El artículo 644 del Código de Comercio de 1854 dice lo siguiente: "Pueden ser objeto del seguro el casco y quilla de la nave, sus velas y aparejos, provisiones y armamento; víveres, y toc los efectos comerciales sujetos al riesgo de la navegación cuyo valor pueda reducirse á cantidad determinada, las cantidades dadas á la gruesa, y la libertad de los pasajeros."

El artículo 1267 del Código de Comercio de 1884 dice lo siguiente: "Pueden ser objeto de seguro marítimo: El casco y quilla de la nave, las velas y aparejos, El armamento, las vituallas ó víveres, la máquina de vapor, las cantidades dadas á la gruesa; la libertad y la vida de los navegantes ó pasajeros. Y todos los efectos comerciales sujetos al riesgo de la navegación, cuyo valor pueda reducirse á una cantidad determinada,"

82 Los artículos 395 en su fracción IV, 442 y 818 del Código de Comercio de 1889 dicen: Art. 395. La póliza de seguro deberá conte: er: IV. La suma en que se valúen los objetos del seguro, descomponiéndola en sumas parciales, si así lo estipulan los contratantes, según las diferentes clases de los objetos. Art. 442. Podrán ser *objeto* del contrato de seguro contra los riesgos de transporte, para todos los efectos transportables por los medios propios de la locomoción terrestre. Art. 818. Podrán ser *objeto* del seguro marítimo: I. El casco del buque en lastre ó cargado, en puerto ó en viaje; II. El aparejo; III. La máquina, siendo el buque de vapor; IV. Todos los pertrechos y objetos que constituyen el armamento; V. Víveres y combustibles; VI. Las cantidades dadas á la gruesa; VII. El importe de los fletes y el beneficio probable; VIII. Todos los objetos comerciales sujetos al riesgo de navegación cuyo valor pueda fijarse en cantidad determinada."

83 Los artículos relativos del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 son los siguientes: 2844. Puede ser asegurador cualquier persona ó compañía capaz de obligarse. 2884. Pueden ser *objeto* del seguro las acciones y derechos, aun cuando sean litigiosos. 2892. Cuando el aseguramiento tiene por *objeto* el transporte de cualquier cosa, y se designan la manera y medios de conducirla, así como el camino que debe seguirse, el asegurador queda libre de su obligación, se verifica el transporte con infracción del contrato. El Código Civil de las mismas entidades, de 1884, reprodujo las disposiciones anteriores en sus artículos 2716, 2756 y 2764.

trina que veía en las cosas aseguradas el objeto del contrato de seguro y colocó al interés asegurable en el lugar del objeto (artículo 86) y así lo sostiene Cervantes Ahumada al aseverar que "el objeto del seguro no es, propiamente hablando, la cosa asegurada, sino un interés jurídico-económico sobre dicha cosa"[84] y Joaquín Rodríguez Rodríguez también se adhiere a esta corriente, al estudiar el derecho mexicano, siguiendo la línea de la doctrina de su patria a que me refiero más arriba.[85]

Sin embargo, a pesar de que la opinión que ve en las cosas aseguradas el objeto del contrato, como lo hacían nuestros decimonónicos Códigos de Comercio y Civiles, fue desechada desde 1935 por la Ley sobre el Contrato de Seguro, todavía en 1946, alguna resolución administrativa se refiere a la cosa asegurada como objeto del seguro.[86]

Esa resolución de la Secretaría de Hacienda suscitó los siguientes comentarios de RUIZ RUEDA, que con el título de "El *objeto* del seguro no es el buque", publicó la Revista Mexicana de Seguros, en el sentido de que en esa resolución:

> ...se encuentran sin embargo algunas expresiones intrascendentes respecto de la decisión tomada, pero erróneas en sí mismas.
>
> "Entre ellas está la de llamar al buque y sus pertenencias, 'cosa objeto del seguro'. Seguramente se trata de un simple descuido de redacción o bien del empleo de la expresión solamente por la costumbre, sin el propósito de darle su significado jurídico, de la misma manera que se dice 'cosa asegurada', en el lenguaje corriente y aun por la misma ley, pero sólo en forma figurada, pues bien se sabe que la cosa no es la asegurada, sino el titular del interés en que el siniestro no se realice y que el seguro es contra las consecuencias de que este siniestro se produzca.

84 CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho marítimo*, México 1984, p. 904.

85 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, Monterrey, 1947, p. 584.

86 SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. DIRECCIÓN DE CRÉDITO. DEPARTAMENTO DE SEGUROS Y FIANZAS. *Jurisprudencia Administrativa, Seguro marítimo*, Resolución de 8 de febrero de 1951 publicada en *Revista Mexicana de Seguros* núm. 36, México, marzo 1951, pp. 38 y 39.

> "Es obvio que el buque no es el objeto del contrato de seguro en el sentido que nuestro Código Civil del Distrito Federal, supletorio en materia mercantil, lo entiende en su art. 1824, fr. I, porque no es la cosa que el obligado debe dar, ni tampoco el hecho que debe hacer o no hacer (fr. II).
>
> "Se considera también que incluso esta forma usada por el C.C.D.F. es impropia, porque las obligaciones son más bien el efecto y no el objeto del contrato.
>
> "Tampoco podría llamarse al buque objeto del contrato de seguro marítimo de casco, dentro del sistema germánico que informa el artículo 85 de la Ley sobre el Contrato de Seguro, supletoria del Código de Comercio, porque el buque no constituye el interés asegurable, al que dicho texto legal llama objeto del seguro contra daños."[87]

Otro mercantilista también de primera línea, Mantilla Molina, sumamente cuidadoso en el uso correcto del lenguaje jurídico y en el buen empleo de la lengua castellana, no podía identificar el objeto del contrato de seguro con el interés asegurado, y así en el *Anteproyecto del Libro Cuarto del Código de Comercio*, en su versión de 1950, al redactar el capítulo relativo a ese contrato, incluyó la siguiente norma:

> Artículo 1093. Todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro, podrá ser protegido mediante un contrato de seguro contra daños...[88]

El artículo transcrito exige el requisito de interés, pues de su interpretación *a contrario sensu* se desprende que si no hay interés no puede haber protección aseguradora; pero no considera que aquél sea el *objeto* del contrato.

87 RUIZ RUEDA, Luis, *Comentarios* a la resolución administrativa publicada en el número 36 de la *Revista Mexicana de Seguros* a que se refiere la nota anterior, pp. 38 y 39.

88 SECRETARÍA DE ECONOMÍA. COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y REVISIÓN DE LEYES. *Anteproyecto del Libro Cuarto del Código de Comercio*, México, 1950, p. 83.

No es extraño que Mantilla evitara usar el término objeto en un sentido jurídicamente impropio, pues desde la primera edición de su *Derecho Mercantil*, criticó el empleo que de la palabra *objeto* hace el artículo 6o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, cuando en su fracción II menciona entre los elementos del contrato de sociedad, el *objeto* social y en la edición póstuma de su obra, lo hace con estas palabras:

> La expresión 'objeto social' empleada por el legislador se aparta del significado que normalmente tiene en derecho la palabra *objeto* (véase, por ejemplo, los artículos 1794, frac. II, y 1795, frac. III, del Código Civil, en los que claramente se contraponen *objeto* y *fin*). El proyecto de 1947 evita sistemáticamente hablar de *objeto* social y emplea la expresión *fin* o *finalidad social...*"[89]

La fracción III del artículo 6o de la Ley General de Sociedades Mercantiles, justamente criticada por Mantilla, es un claro ejemplo de que el legislador emplea en ocasiones en forma incorrecta el lenguaje jurídico, por lo que no puede acatarse en doctrina la calificación que hace del interés asegurado, como objeto del contrato, porque este concepto en la teoría general del contrato es el expresado en el artículo 1824 del Código Civil[90] y en consecuencia me adhiero a la doctrina italiana, que se expresa con estas palabras al referirse al interés:

> "¿Cuál es su exacta posición dogmática en el contrato? La teoría más reciente tiende a declararlo *objeto* del contrato,

89 MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho Mercantil*, Mejico, 1987, p. 236. En la primera edición de esta obra dice que la expresión *objeto social* es de sospechosa ortodoxia gramatical, comentario que suprimió en ediciones posteriores, probablemente porque entre las acepciones de la palabra *objeto* el *Diccionario de la Lengua Castellana* de la real Academia Española, incluye la de "fin o intento a que se dirige o encamina una cosa", lo que hace que desde el punto de vista gramatical no sea incorrecto su uso como sinónimo de fin; pero jurídicamente se debe evitar en esta acepción por ser término equívoco, que se confunde con la acepción en que se usa en el artículo 1824 del Código Civil del Distrito Federal y hace llegar a conclusiones erróneas aún a juristas distinguidos.

90 El artículo 1824 del Código Civil del D.F. dice: "Art. 1824. Son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar. II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer."

> contraponiéndose así a las teorías tradicionales que veían el objeto del contrato de seguro contra los daños, en la cosa asegurada o en el riesgo. Pero esta teoría y lo mismo hay que decir de las tradicionales no merece ser acogida. Objeto de un contrato obligatorio son las obligaciones que de él derivan o más indirectamente, las prestaciones que constituyen el objeto de las obligaciones: y es evidente que ni el interés, ni la cosa asegurada, ni el riesgo, son la obligación o la prestación del asegurador".[91]

Ahora bien, si el interés asegurado no es el *objeto* del contrato de seguro, ¿qué función ejerce en el seguro de daños?

Ferri se plantea la cuestión de la siguiente manera:

> Un problema queda todavía abierto, el de precisar en qué sentido el interés asume importancia en el contrato de seguro. ¿Se trata de un elemento constitutivo del contrato, y precisamente del *objeto* o se trata en cambio de un presupuesto necesario del seguro que depende del carácter indemnizatorio que es propio de éste?[92]

El mismo Ferri nos dice que el problema tiene un carácter especialmente teórico; y que cualquiera que sea la respuesta a la pregunta planteada en el párrafo transcrito antes, "prácticamente las consecuencias no son notablemente diversas";[93] pero en nota a pie de la misma página dice que "veremos, sin embargo, que alguna diferencia subsiste en el campo práctico: mientras en efecto, si se considera el interés como *objeto* del seguro, si falta aquél, falta desde luego el contrato, cuando el interés se considera un presupuesto, determinado por el carác-

91 DONATI, Antigono, *Il contratto di assicurazione nel codice civile*, Roma , 1943, p. 138, y también en *Dell' assicurazione* en el vol. II, parte II del *Commentario al Codice Civile* de Mariano D'AMELIO ed. Enrico FINZI, G. Florencia, 1949, p. 277.

92 *Idem.*

93 FERRI, GIUSEPPE, artículo citado p. 205.

ter indemnizatorio, la única consecuencia necesaria es que el asegurado no tiene derecho al resarcimiento".[94]

Más adelante Ferri, nos da la solución a los problemas que plantea al principio de su interesante estudio, con estas palabras:

> ...no puede hablarse del interés como del *objeto* del seguro de daños, sino solamente como de un presupuesto: y justamente en la diversidad de presupuestos y no en la diversidad del objeto consiste la distinción del seguro en dos grandes ramas de seguro de daños y de seguro de vida."[95]

En el mismo sentido que Ferri opina Gasperoni: "La existencia de un interés asegurable más que como elemento debe considerarse como presupuesto o condición de validez".[96]

Sin embargo, está muy lejos de ser una cuestión pacífica, pues nos encontramos muchas y muy valiosas opiniones que identifican al interés, con el objeto, y otras, con el elemento causa que en diversas legislaciones del mundo, es uno de los elementos esenciales del contrato.

Entre los que sostienen la esencialidad del interés por ser un elemento causal, se encuentra Donati, quien combate que aquél sea el *objeto* del contrato, afirma que la falta de interés al inicio del contrato produce su nulidad y que el interés asegurado puede ser inexistente por defecto de alguno de sus tres elementos: el sujeto (por ejemplo persona jurídica no constituida) el objeto (por ejemplo, casa no construida) o la relación (cosa no adquirida).[97]

Es evidente que en los tres casos que describe Donati falta el interés; pero en los dos primeros al no existir el sujeto asegurado o la cosa asegurada, no hay interés porque no hay si-

94 *Idem*. pp. 205 y 206.

95 *Idem*. p. 217.

96 GASPERONI, Nicola *Assicurazione contro i danni, en Novissimo Digesto Italiano*, Turín 1958, tomo I-II, p. 1140; y también en *Le Assicurazioni*, vol. V del *Trattato de diritto civile* por Giuseppe GROSSO y Francesco SANTORO PASSARELLI, pp. 96 y 97.

97 DONATI, Antigono, *Los Seguros*... citada, p. 233.

quiera riesgo, por lo que al ser el riesgo elemento esencial del seguro no existe éste; pero en el tercero es evidente que lo que falta es sólo el interés y aunque conforme al artículo 1904 del Código Civil italiano la falta de interés al inicio del contrato produce su nulidad, es preciso analizar la solución doctrinal y legal, en otros sistemas jurídicos.

La Ley del Contrato de Seguro española de 1980 contiene una disposición semejante; en el sentido de que es nulo el seguro contra los daños si al concluirse no existe el interés. Sánchez Calero critica el texto de su ley, que cambió el *Proyecto* enviado al Congreso, pues éste era más preciso, al requerir el interés en el momento en que el contrato deba comenzar a producir efectos, como sucede en el seguro que cubre intereses futuros (cosa por construir o por adquirir) y en el seguro de abono. El autor español sostiene que el interés incide en la causa del contrato y su ausencia produce su nulidad.[98]

Messineo, a quien he invocado varias veces en relación con los conceptos de elemento esencial y presupuesto necesario del contrato, al igual que Donati, considera que el interés es elemento causal del seguro y no sólo presupuesto.[99]

Si consideráramos al interés asegurado como objeto del contrato o como un elemento esencial, aunque no forme parte del objeto, tendríamos que concluir que el seguro celebrado por el asegurador con una persona que carezca de interés, es un acto que no reuniría los elementos esenciales del contrato de seguro y, por lo tanto, tendríamos que considerarlo inexistente; pero antes de llegar a esta drástica conclusión es preciso hacer algunas reflexiones.

La necesidad de que el asegurado en un contrato que cubra el riesgo consistente en la producción de un daño patrimonial, tenga un interés económico en que no se produzca el siniestro, deriva del carácter necesariamente indemnizatorio del contrato

98 SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *op. cit.*, pp. 348 a 351.

99 MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y comercial*, tomo VI, Relaciones obligatorias singulares, Buenos Aires, 1955, p. 161.

de seguro, que no debe procurar al asegurado una utilidad. Este no debe recibir una cantidad superior a los daños efectivamente sufridos en su patrimonio y es ésta la *ratio legis* de los artículos 85, 86, 91, 95 y 102 de nuestra Ley sobre el Contrato de Seguro, que establecen la necesidad del interés y la prohibición de que el asegurado obtenga una cantidad superior al daño producido por el siniestro.[100]

Todos los autores que han tratado el tema, al justificar el requisito de la existencia del interés en la persona del asegurado, han expresado como argumentos para ello la necesidad de observar la técnica de la mutualidad, la de evitar los siniestros voluntarios y el hecho de que de no exigirse el interés en el asegurado, el contrato de seguro se convertiría en un juego o apuesta.[101]

Efectivamente, si la ley permitiera que el seguro de daños pudiera celebrarse a su propio favor por una persona que careciera de todo interés asegurable, la operación así celebrada sería un juego, en el que el mal llamado asegurador perdería si el siniestro se realizara y el ganador sería el supuestamente asegurado.

100 Los artículos citados dicen: Art. 85. Todo interés económico que una persona tenga en que no se produzca un siniestro, podrá ser objeto de contrato de seguro contra los daños. Art. 86. En el seguro contra los daños, la empresa aseguradora responde solamente por el daño causado hasta el límite de la suma y del valor real asegurados. La empresa responderá de la pérdida del provecho o interés que se obtenga de la cosa asegurada, si así conviene expresamente. Art. 91. Para fijar la indemnización del seguro se tendrá en cuenta el valor del interés asegurado en el momento de realización del siniestro. Art. 95. Cuando se celebre un contrato de seguro por una suma superior al valor real de la cosa asegurada y ha existido dolo o mala fe de una de las partes, la obra tendrá derecho para demandar u oponer la nulidad y exigir la indemnización que corresponda por daños y perjuicios.

Si no hubo dolo o mala fe, el contrato será válido; pero únicamente hasta la concurrencia del valor real de la cosa asegurada, teniendo ambas partes la facultad de pedir la reducción de la suma asegurada. La empresa aseguradora no tendrá derecho a las primas por el excedente; pero le pertenecerán las primas vencidas y la prima por el periodo en curso, en el momento del aviso del asegurado. Art. 102. Los contratos de seguro de que trata el artículo 100, celebrados de buena fe, en la misma o en diferentes fechas, por una suma total superior al valor del interés asegurado, serán válidos y obligarán a cada una de las empresas aseguradoras hasta el valor íntegro del daño sufrido, dentro de los límites de la suma que hubieren asegurado.

101 PICARD, Maurice y André BESSON, *op. cit.*, tomo II, p. 20. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *op. cit.*, vol. I, pp. 357 y 358. WEENS, Charles, *op. cit.*

Igualmente, si una aseguradora, en el estado actual del derecho, y en violación a las leyes vigentes, celebrara aparentes contratos de seguro de daños, en los que se obligara a pagar a personas que carecieran de interés, estaría realizando una actividad, distinta a la aseguradora y su profesión sería la del tahúr; pero no considero que sea tan evidente, el calificar de juego o apuesta a una operación de esta naturaleza, si algunos contratos determinados, sin conocimiento de una aseguradora autorizada por el estado para operar como tal, se celebraran con personas carentes de todo interés en que se realizara el siniestro; pues para que fuera juego o apuesta sería necesario que ambos contratantes tuvieran el ánimo del juego y en cambio en el ejemplo puesto, la aseguradora estaría actuando de buena fe, realizando la actividad para la que se constituyó y fue autorizada por el estado. Estaríamos en presencia de un verdadero contrato de seguro, respecto del cual la aseguradora podría oponer la excepción de invalidez por falta de interés asegurado y la consecuente violación de diversas disposiciones imperativas de la ley; pero no podríamos calificarlo de juego o apuesta, pues la aseguradora no está obligada, al celebrar un contrato, a exigir que le prueben la existencia del interés; sino es el asegurado quien tiene la carga de probar que es titular de éste.[102]

Por esto, al plantearse el problema relativo a si el interés es objeto del contrato de seguro contra los daños o simple presupuesto, Ferri sostiene que el dilema es práctico y si se opta por la segunda postura, es decir, si se considera presupuesto, la única consecuencia necesaria es que el asegurado no tiene derecho al resarcimiento.[103] La solución a que llega el jurista italiano es la que el derecho anglosajón aplica al seguro marítimo.

En el seguro marítimo inglés, como es obvio, se requiere el interés asegurable; según nos dicen Chorley y Giles: "un contrato de seguro es obligatorio solamente si está hecho para cu-

102 DONATI, Antigono, *Los seguros...* citada, p. 234; y *Trattato* citada vol. II, p. 239.
103 FERRI, Giuseppe, artículo citado, pp. 205 y 206, nota a pie de página.

brir un interés que el Derecho declare que es capaz de ser asegurado".[104] Después de exponer el principio del interés asegurable, que rige al seguro de daños y la naturaleza del interés, los autores ingleses citados tratan el problema específico relativo al momento en que el interés asegurable debe existir, y al respecto citan la disposición aplicable en la siguiente forma:

> La Sec. 6 de la Marine Insurance Act. 1906 "El asegurado debe estar interesado en el objeto asegurado en el momento de la pérdida, aunque no necesita estar interesado cuando el seguro es efectuado". Por lo tanto resulta que la fecha importante es el momento de la pérdida.
>
> Esto no es injusto. La ley prohíbe apuestas y pólizas de apuestas, y lógicamente puede parecer necesario tener el interés en el momento en que el seguro es efectuado, como es el caso en otros seguros. Pero si una persona tiene un interés asegurable cuando vence el capital de la póliza, se beneficia por la existencia del objeto asegurado y se perjudica por su pérdida. Por otra parte, puede ser muy conveniente asegurar algo en lo que como tal aún no existe ningún interés. Porque haciéndolo así, ningún intervalo de tiempo transcurre entre la adquisición del interés o la obtención de la póliza, y esto puede ser muy útil desde el punto de vista de los negocios. Dos ejemplos aclararán esto. Cuando los porteadores desean asegurarse de sus responsabilidades como tales, a menudo obtienen pólizas —por ejemplo, por un año— a medida que el interés pueda aparecer. Los porteadores pueden no transportar ninguna mercancía cuando efectúan el seguro, pero en el momento en que las mercancías son cargadas a bordo de su vehículo la póliza entra en juego, y son protegidos desde el primer momento.
>
> Por otra parte, supóngase el comprador de un cargamento de trigo el cual, de acuerdo con las condiciones del contrato de venta, recibe el riesgo cuando el trigo es cargado a bordo.

104 CHORLEY LORD y O.C. GILES, *Derecho Marítimo*, Barcelona. 1962, p. 410.

> Evidentemente, la carga puede durar algunos días durante los cuales un fuego puede destruir lo llevado a bordo. Sería impracticable obtener pólizas separadas que se refiriesen a la carga de cada fanega. Por lo tanto la totalidad del cargamento estará asegurada antes de que cualquier interés asegurable haya sido adquirido. Pero cada parcela de trigo está cubierta desde el momento en que es cargada. Sin embargo, es necesario que exista un verdadero interés en perspectiva al momento en el que el contrato se hace."[105]

La solución del derecho inglés, se aplica también en los Estados Unidos, donde Magee sostiene que:

> No es necesario que el asegurado tenga un interés igual al valor completo del objeto del seguro, *como no es tampoco necesario que ya exista el interés cuando se formaliza el seguro. Basta con que el interés surja durante el periodo de la póliza, aunque sí es absolutamente esencial que exista al tiempo de la pérdida.*[106]

Pero en el campo del seguro no marítimo, un distinguido jurista belga, para quien el interés en el seguro de cosas es esencial, "por el mismo título que el consentimiento, la causa y el objeto",[107] se plantea la siguiente cuestión: "¿En qué momento el interés en el seguro debe existir para que el contrato sea válido? y razona así:

> El interés puede existir en el momento del contrato y haber desaparecido en el momento del siniestro o inversamente. ¿El seguro concluido en estas condiciones será válido?

105 CHORLEY, Lord y O. C. GILES, *op. cit.*, pp. 415 y 416. Véase también DEL GIUDICE, Pietro, *Lineamenti generali della legislazione inglese sulle assicurazioni private*, Roma 1940, pp. 16 y 17 en relación con el seguro marítimo y las pp. 27, 40 y 41 para el no marítimo y en especial para el seguro de incendio uge en el que la exigencia del interés es más estricta, pues debe existir desde el principio del contrato, hasta la realización del siniestro, que lo hace de carácter eminentemente personal, según la doctrina dominante en 1940, con opiniones eminentes en contra.

106 MAGEE, John, H., *Seguros generales*, México, 1947, p. 381.

107 LALOUX, Paul, *Traité des assurances terrestres en droit belge*, Bruselas-Lieja, 1944, p. 57.

> El seguro no puede aplicarse a una cosa que no existe todavía. Pero no es necesario que desde la época del contrato la cosa asegurada pertenezca ya al asegurado; el seguro producirá sus efectos si se ha establecido (probado) que era su propiedad en el momento del siniestro."[108]

La solución a que llega el Derecho Marítimo anglosajón y Laloux es perfectamente aplicable en nuestro derecho, a todo contrato de seguro contra los daños sea o no marítimo, pues aunque el artículo 85 de la Ley sobre el Contrato de Seguro califique al interés *objeto* del contrato, no puede considerarse que tenga este carácter, pues el término *objeto* está usado en forma jurídicamente impropia y no existe disposición que impida que un contrato de seguro contra los daños produzca efectos, si al celebrarse, el contratante o el asegurado carecen de interés presente, siempre que el riesgo exista y quien sea titular de la relación aseguradora, es decir, del derecho a la eventual indemnización, pueda llegar a tener interés en que no se realice el siniestro.

Por estas razones, en los diversos *Proyectos de Ley sobre el Contrato de Seguro* que se elaboraron en México, con intervención de autoridades, asociaciones de aseguradoras, abogados especializados y agentes de seguros, el *Grupo de Trabajo* designado por los respectivos organismos y asociaciones del sector asegurador, al redactar el primer párrafo del artículo que previó la necesidad del interés asegurado, suprimió la calificación del interés como objeto del contrato y siguió en su primer párrafo casi textualmente la redacción del *Anteproyecto de Libro Cuarto del Código de Comercio*, cuyo capítulo relativo al contrato de seguro fuera redactado por Mantilla Molina en 1950. El artículo de los proyectos de 1993 y 1994 fue redactado en la siguiente forma:

> Todo interés económico que una persona tenga en que no se realice un siniestro, podrá ser cubierto por el contrato de seguro de daños.

108 *Idem*. p. 70.

> De producirse el siniestro, la empresa aseguradora se obliga a cubrir la indemnización a quien acredite tener interés asegurado hasta el monto de su derecho".[109]

Si llega a ser derecho vigente el artículo transcrito, además de evitar el uso inadecuado de la palabra objeto, dará una clara solución a las consecuencias de la falta de interés en el momento de la iniciación de la vigencia del seguro, semejante a la del Derecho Marítimo anglosajón a que se ha hecho referencia antes; pero en mi opinión, aún en el estado actual de nuestra legislación vigente considero que es la solución correcta, pues el interés no es objeto del contrato de seguro, ni elemento esencial del mismo, sino algo extrínseco al contrato de seguro contra los daños que ejerce una función integradora en él, es decir, es un presupuesto necesario de aquel acto jurídico, cuya ausencia produce la invalidez de la relación obligacional asegurador-aparente asegurado, si al realizarse el siniestro este último no es titular del interés y no tiene, por lo tanto, el carácter de auténtico y verdadero asegurado.

109 COMITE TÉCNICO REVISOR, *Proyectos de Ley sobre el Contrato de Seguro*, I; II; III y IV, México, 1993 y 1994, p. 27; pp. 29 y 81; pp. 33 y 73; y pp. 29 y 39, respectivamente.

ASPECTOS DE LA PRÁCTICA JURÍDICA DE ALONSO DE LA VERACRUZ: SU COLABORACIÓN CON LAS CASAS Y USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: *Introducción*. 1. *Veracruz, junto con Las Casas, en la defensa de los derechos de los indios*. 2. *Veracruz y Las Casas: la práctica alternativa del Derecho*. 2.1 *Sobre el tratado lascasiano llamado* De exemptione sive damnatione *y el uso alternativo del Derecho*. 3. *La cuestión X de* De decimis *como uso alternativo del Derecho. Palabras finales*.

INTRODUCCIÓN

Alonso de la Veracruz es, quizá, el primer filósofo del Derecho en la Nueva España, y es también uno de los teóricos juristas más profundos e interesantes en la historia de nuestra Nación; sus tratados jurídicos así nos lo demuestran: *De dominio infidelium et iusto bello, De Decimis* y *Speculum Coniugiorium*. Pero en este lugar queremos decir algunas palabras respecto de la práctica jurídica del filósofo agustino, ya que no sólo es un tratadista de las cuestiones jurídicas, sino también un practicante del Derecho. Quiero decir que Veracruz lleva a cabo acciones, algunas de ellas cotidianas y otras especiales en momentos históricos clave, que implican entrar de lleno en el mundo del derecho, con una conducta acorde y consecuente con su concepción de los derechos humanos y su modo de entender la justicia; sigue el llamado y el sentido del llamado del profeta Miqueas: "practicar el Derecho" (6, 8), que de acuerdo a la tradición bíblica no sólo es algo relativo a las leyes y su cumplimiento, sino que supone un compromiso integral de justicia con el prójimo, especialmente con el más necesitado.

La práctica del Derecho de Alonso de la Veracruz va encaminada a la defensa de los derechos de los indios y la defensa de los derechos de las órdenes religiosas, ese es su objeto; los modos de perseguirlo son varios.

A continuación nos vamos a ocupar de sólo dos aspectos de la variada práctica de Alonso de la Veracruz en la defensa de los derechos de indios y religiosos: de las acciones jurídicas conjuntas y/o coordinadas que en pro de la dignidad de los indios lleva a cabo el agustino con el dominico fray Bartolomé de Las Casas; y de la práctica jurídica veracruciana que encaja en lo que se ha denominado *Uso Alternativo del Derecho*.

1. VERACRUZ, JUNTO CON LAS CASAS, EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS INDIOS

Sólo investigaciones recientes han puesto de manifiesto una estrecha colaboración entre el ilustre dominico fray Bartolomé de Las Casas y el agustino fray Alonso de la Veracruz. Todavía el P. Cerezo de Diego escribe:

> Estando Veracruz en España muere en Madrid Bartolomé de las Casas (1566). Parece como si entre ambos insignes defensores de los derechos de los indios a través de la palabra y la pluma debiera haber existido una relación estrecha; sin embargo, no fue así a juzgar por el silencio existente sobre este punto por su biógrafos. Quizá la diferencia de edad, de formación intelectual, de temperamento y de puntos de vista sobre el problema americano, les llevó a adoptar posturas distintas aunque dirigidas a un mismo fin.[1]

Hoy se sabe que entre Las Casas y Veracruz sí existió una relación muy cercana, tanto en Nueva España como posteriormente en España. Y no sólo eso, sino que entre ambos se da

1 Prometeo CEREZO DE DIEGO. *Alonso de la Veracruz y el Derecho de Gentes*. Ed. Porrúa, México, 1985. p. 27.

un trabajo intelectual asociado en defensa de los derechos de los indios, esto pese a la diferencia de edad, a la distinta formación intelectual, al diverso temperamento e incluso, y esto es lo más notable e importante, a sostener puntos de vista diversos sobre algunas de las cuestiones amerindias. Los trabajos de biógrafos de uno y otro lo demuestran, como entre otros los de Parish y Weidman[2] por el lado del dominico y los del jesuita Ernest J. Burrus[3] por el agustino.

Con relación al trabajo conjunto entre Las Casas y Veracruz en la Nueva España, Helen-Rand Parish los ubica, primeramente, en la Junta Eclesiástica de 1539, de Veracruz señalando sólo su probable participación, pero afirma de éste con relación a Las Casas que sería "futuro colaborador suyo";[4] más tarde nos los da a conocer trabajando estrechamente por la misma causa en la Junta Eclesiástica de 1546.[5]

Y podemos afirmar que de 1546 en adelante, esa estrecha relación de trabajo entre dominico y agustino, se mantendría; primero con acuerdos a distancia, por el regreso definitivo de fray Bartolomé a España, y después cuando se encontraron, juntos otra vez, en la Metrópoli.

Las Casas hizo por última vez el viaje a España a principios de 1547, pocos meses después de concluida la fructífera Junta Apostólica del año anterior; no volvería más a las Indias, pero su lucha en favor de los derechos de los indios continuaría en España. El historiador dominico fray Antonio de Remesal dice que la "ocupación que el señor fray Bartolomé tenía después que dejó el obispado fue ser protector y defensor de los indios";[6] esto lo hizo desde que llegó a España y hasta el final de sus días, ahí "en el centro mismo del poder: la Corte y el Con-

2 Helen-Rand PARISH y Harold E. WEIDMAN. *Las Casas en México*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México 1992.

3 *Vera Cruz and Las Casas Associates and Defenders of the Indians*. (Referencia de PARISH y WEIDMAN en su obra citada en la nota 120, p. 119. Damos la noticia del trabajo pero no lo localizamos.

4 PARISH y WEIDMAN. *Ob. cit.* p. 42.

5 *Idem Supra*. p. 59.

6 Antonio de REMESAL. *Historia general de las Indias Occidentales y particular de la Gobernación de Chiapas y Guatemala*. Tomo II. Ed. Porrúa. 1988. p. 501.

sejo de Indias".[7] En los últimos años de su vida, en virtud de los poderes recibidos por diversas comunidades indígenas,[8] dedicó gran parte de su tiempo a ser "defensor y procurador en litigios ante la administración hasta su muerte en 1566".[9]

Como un precioso ejemplo de esta actividad gestora y litigiosa de Las Casas, tenemos su intervención en la defensa que hace de sí mismo don Francisco Tanamaztle, señor caxcan de Nochistlán, uno de los principales insurrectos de la llamada "guerra del mixtón (miztón)" (1541-1542), ante el Consejo de Indias y la justicia de Valladolid. Tanamaztle gestiona el poder volver a su tierra, ya que había sido deportado a España por la Audiencia de México en 1552. Esta historia del dominico y el cacique caxcan, litigando juntos, la conocemos por la investigación de Miguel León-Portilla.[10]

Por su parte Alonso de la Veracruz, vuelve de España a mediados de 1562 y permanece allá durante once años, hasta a mediados de 1573. De esa su larga estadía española no se sabe mucho, como dice Amancio Bolaño merecería "una investigación especial".[11]

Lo que sí conocemos, sin embargo, es la existencia de la relación con Las Casas y su trabajo conjunto, mismo que debió ser entre los últimos meses de 1562 y hasta fines de julio de 1566 en que murió el dominico.

Algunos datos que nos llevan a conjeturar sobre la existencia de la estrecha relación entre estos frailes defensores de los indios son los siguientes, independientemente de lo que diremos más adelante con relación a como se empatan con sus escritos y tareas.

7 Lewis HANKE. *La humanidad es una*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México 1985. p. 6.

8 *Idem Supra*.

9 Pedro A. VIVES AZANCOT. "El pensamiento Lascasiano en la formación de una Política Colonial Española 1511-1573", en la obra colectiva *En el quinto centenario de Bartolomé de las Casas*. Ed. Cultura Hispánica. Instituto de Cooperación Iberoamericana. Madrid, 1986. p. 37.

10 Miguel LEÓN PORTILLA. *La Flecha en el Blanco. Francisco Tanamaztle y Bartolomé de las Casas en lucha por los derechos de los indígenas 1541-1556*. Ed. Diana y el Colegio de Jalisco. México, 1995.

11 Amancio BOLAÑO e ISLA. *Contribución al Estudio Biobibliográfico de Fray Alonso de la Vera Cruz*. Antigua Librería Robredo, de José Porrúa e Hijos. México, 1947. pp. 35 y 36.

En su obra sobre la bibliografía de Bartolomé de Las Casas, Hanke y Giménez, en el parágrafo 445, dan noticia de un *Memorial* de Las Casas al Consejo de Indias, que no contiene ni lugar ni fecha; lo ubican como probable en 1562. Agregan esto:

> Según una nota de fray Alonso de la Vera Cruz, esta exposición fue leída ante el Consejo de Indias en pleno. Las Casas no estuvo presente, por hallarse enfermo, y la petición fue sometida en su nombre por fray Hernando de Barrionuevo, comisario en la corte y más tarde obispo de Chile, fray Alonso de Maldonado, franciscano, el agustino Alonso de la Vera Cruz."[12]

Esta nota de Alonso de la Veracruz, encontrada con el Memorial lascasiano, demuestra la cercanía del agustino con Las Casas. Es claro que tiene acceso a los papeles del dominico y además éste le pide la presentación y lectura de sus documentos, en su nombre, ante el propio Consejo de Indias; y las ideas y argumentos lascasianos Veracruz los hace suyos.

Este Memorial al Consejo de Indias constituye en palabras de Lassègue "un compendio teológico de la Suma lascasiana",[13] siendo sus conclusiones tremendas, radicales; son del tenor siguiente:

> La primera, que todas las guerras que llamaron conquistas fueron y son injustísimas y de propios tiranos.
>
> La segunda, que todos los reinos y señoríos de las Indias tenemos usurpados.

12 Lewis HANKE y Manuel GIMÉNEZ FERNÁNDEZ. *Bartolomé de Las Casas 1474-1566. Bibliografía crítica y cuerpo de materiales para el estudio de su vida, escritos, actuación y polémicas que suscitaron durante cuatro siglos*. Ed. Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina. Santiago de Chile, 1954. p. 187.

13 Juan Bautista LASSÈGUE. *La larga marcha de Las Casas*. Centro de Estudios y Publicaciones. Lima, 1974. p. 385. (Lassègue reproduce el Memorial completo y lo fecha en 1565. pp. 385-388).

La tercera, que las encomiendas o repartimientos de indios son iniquísimos, y de 'per se' malos, y así tiránicos y la tal gobernación tiránica.

La cuarta, que todos los que las dan pecan mortalmente, y los que las tienen están siempre en pecado mortal, y si no las dejan, no se podrán salvar.

La quinta, que el Rey, nuestro señor, que Dios prospere y guarde, con todo cuanto poder Dios le dio, no puede justificar las guerras y robos hechos a otras gentes, ni los dichos repartimientos o encomiendas, más que justificar las guerras y robos que hacen los turcos al pueblo cristiano.

La sexta, que todo cuanto oro y plata, perlas y otras riquezas que han venido a España, y en las Indias se trata entre nuestros españoles, muy poquito sacado, es todo robado. Digo poquito sacado, por lo que sea quizá de las islas y partes que ya habemos despoblado.

La séptima, que si no lo restituyen los que lo han robado, y hoy roban por conquistas y por repartimientos o encomiendas y los que de ello participan no podrán salvarse.

La octava, que las gentes naturales de todas las partes y cualquiera dellas donde habemos entrado en las Indias tienen derecho adquirido de hacernos guerra justísima y raernos de la haz de la tierra y este derecho les durará hasta el día del Juicio.

Estas conclusiones prueba el autor larguisimamente en el libro que dio a Su majestad."[14]

Lassègue transcribe textualmente la nota firmada por Alonso de la Veracruz y se lee:

"... los cuales metieron la dicha petición en nombre del señor obispo, que estaba malo, *y en su nombre*. Y esta es la verdad, y a esto ninguna cosa proveyeron, sino dijeron que lo verían."[15]

14 Transcrito por LASSÈGUE. *Op. cit.* p. 387

15 LASSÈGUE, *Ob. cit.* p. 388 (El subrayado es nuestro).

Esto significa que Barrionuevo, Maldonado y Veracruz estaban en total acuerdo con el texto de Las Casas; Lassègue dice que el agustino "parece haber entrado más profundamente en el meollo del pensamiento de Las Casas".[16]

Hanke y Giménez también nos dan a conocer que en el Archivo General de Indias, obra una carta de Martín de Agurto y de Mendieta, fechada en Santa Fe el 15 de abril de 1566, dirigida a fray Bartolomé de Las Casas "fuerte defensor y protector general de los indios y gentes naturales"; y agregan:

> Autógrafo en papel suelto unido a otro de Fray Alonso de la Veracruz, O.S.A., donde se resume la carta anterior y se le añade información sobre las denuncias que contiene. Habiendo muerto fray Bartolomé de Las Casas el 31 de julio de 1566, este documento debio llegar con posterioridad a su muerte, y por ello se encargó de su despacho fray Alonso de la Veracruz, Agustino de México, a la sazón en la Corte de Madrid, que parece ser sustituyó por algún tiempo a Las Casas en las gestiones que éste hacía en favor de los indios. (Manuel Giménez Fernández).[17]

De la nota de Giménez Fernández se desprende, una vez más, la cercana e intensa relación entre Las Casas y Veracruz. la muerte del dominico, Veracruz se queda encargado del despacho de sus asuntos. Por otro lado, sin afirmarlo categóricamente, el historiador dice que Veracruz "sustituyó por algún tiempo a Las Casas en las gestiones que éste hacía a favor de los indios". En realidad sostenemos que no existe estrictamente una sustitución, sino que Veracruz, independientemente de sus propias acciones en ese sentido, venía de tiempo atrás colaborando con Las Casas en sus tareas de defensa de los derechos de los indios; y a la muerte del dominico, el agustino continuó con su propia labor, actuando además en aquello que Las Casas le había encomendado y despachando los asuntos pendientes del viejo defensor de los indios.

16 *Idem Supra*. p. 385.

17 HANKE y GIMÉNEZ Fdz. *Ob. cit.* p. 199.

Viene a reforzar nuestra afirmación de que Las Casas y Veracruz tuvieron una intensa colaboración de trabajo, en el sentido arriba anotado, lo que nos da a conocer Bolaño e Isla, al decir que el 16 de agosto de 1566 Alonso de la Veracruz otorgó una "carta de pago de mil quinientos cincuenta y un reales que se le dieron según cláusula del testamento de fray Bartolomé de las Casas (Protocolo de Gaspar Testa, 1566, fol. 392)."[18] Las Casas había firmado su testamento el 17 de marzo de 1566 en Valladolid, su lugar de residencia, ya que desde 1551 vivía en el Colegio de San Gregorio, gran centro de estudio y de espiritualidad en el siglo XVI, y al cual el aguerrido dominico heredó todos sus escritos y correspondencia.[19]

Parish y Weidman nos presentan su descubrimiento de "una obra desconocida" de Las Casas, la que titulan *De exemptione sive damnatione (La exención o la damnación).* "Se trata de un manuscrito en latín de 36 hojas, escritas en ambas caras en la conocida letra menuda lascasiana, encuadernado como fols. 92 a 107 verso del Códice (De la Veracruz), *Mss espagnols* 325 de la Bibliothèque Nationale de París."[20] Parish agrega que este borrador proviene de los manuscritos de Las Casas "reunidos por el colaborador de su ancianidad, Fray Alonso de la Veracruz, que los llevó a México cuando volvió de España en 1573."[21] Esos papeles conteniendo el tratado después llegaron a París, se hallan en el "Código Vera Cruz" junto a otros documentos lascasianos.

El manuscrito contiene un comentario de fray Alonso de la Veracruz, que "consiste en *20 apostillas* aprobatorias y comprobatorias —autógrafas, según Burrus— que agregó el tratado lascasiano."[22]

La ya de por sí preciosa práctica de Veracruz por la defensa de los derechos humanos, se ve enriquecida por su asociación

18 BOLAÑO,. *Ob. cit.*, p. 36. Nota 1. (Es un documento extractado por Pérez Pastor. *Bibliografía madrileña*, Madrid, 1891-1907, t. III, p. 516.)

19 *Cfr.* LASSÈGUE. *Ob. cit.* p. 381 (El mismo Lassègue reproduce la parte central del testamento de Las Casas, pp. 388-390).

20 PARISH y WEIDMAN. *Ob. cit.* p. 123.

21 *Idem Supra.* p. 124.

22 *Idem Supra.* p. 126.

con Las Casas. Dominico y agustino, cada uno a su estilo, con su propio temperamento, con su personal visión de las cosas, argumentando diferente según descubren la verdad, son capaces de unirse, respetándose sus diferencias, por una causa común: el reconocimiento del otro como otro, que se traduce en la defensa de los derechos de los indios.

2. VERACRUZ Y LAS CASAS: LA PRÁCTICA ALTERNATIVA DEL DERECHO

Hemos sostenido que fray Bartolomé de Las Casas, como jurista, ha hecho *Uso Alternativo del Derecho*,[23] entendiendo que este *uso* está constituido por las diversas acciones encaminadas a que toda la juridicidad (normatividad, derechos subjetivos, ideas y concretizaciones objetivas de justicia) sea usada al servicio de los pobres como sujeto histórico, tanto ante las instancias judiciales y administrativas del Estado, como por ellos mismos en sus relaciones comunitarias creando y recreando la solidaridad.[24]

Por lo que ve a la normatividad implica hacer efectivas las disposiciones jurídicas vigentes que benefician a los pobres o los dominados, y al resto de la normatividad "neutra" darle un sentido tal que lleve a una aplicación en beneficio de los oprimidos. Ahora bien, como el Derecho antiguo, la juridicidad de la antigüedad, no es monista en cuanto a sus fuentes, quiero decir que la ley no agota a ese Derecho, es posible hacer uso también de las *costumbres* (derecho consuetudinario), los *prin-*

23 Ver: Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL. *El uso alternativo del Derecho por Bartolomé de Las Casas*. Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes, Aguascalientes, 1991.

24 Para profundizar en el tema del *Uso Alternativo del Derecho* además de la obra citada arriba: David SÁNCHEZ RUBIO "Filosofía de la liberación y derecho alternativo. Aplicaciones concretas para una apertura al diálogo", en *Crítica Jurídica* Nº 15. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995; y DE LA TORRE RANGEL: *El Derecho como arma de Liberación en América Latina*. Ed. Centro de Estudios Ecuménicos. México, 1984; *El Derecho que nace del Pueblo*. Ed. Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes. Aguascalientes, 1985; *Conflictos y Uso del Derecho*. Ed. Jus y Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, A.C., México 1988; y *Sociología Jurídica y Uso Alternativo del Derecho*. Ed. Instituto Cultural de Aguascalientes. Aguascalientes, 1997.

cipios generales del Derecho y criterios de equidad y justicia para los propósitos de salvaguardar los derechos de los pobres. Ese uso alternativo de toda la juridicidad implica una labor de búsqueda de aquello que sea valioso, precioso, para el objetivo propuesto. Como diría Fachin, es una labor de *garimpagem*, de *garimpeiro*.[25] La práctica jurídica lascasiana, en toda su riqueza de facetas, en la defensa de los derechos de los indios, es de *Uso Alternativo del Derecho*. La de Alonso de la Veracruz también.

Vamos a ver cómo Las Casas y Veracruz coordinan sus acciones y se complementan en la defensa de los derechos de los indios, haciendo uso alternativo del Derecho. Advirtiendo que lo que a continuación diremos sobre la práctica jurídica alternativa de Las Casas es nuevo, quiero decir que no aparece descrito ni analizado en mi obra antes mencionada, ni en la primera ni en la segunda ediciones.[26]

Ese Uso Alternativo del Derecho, coordinado, entre Las Casas y Veracruz, debe entenderse en el contexto que ya hemos descrito de la revocación de una parte fundamental de las *Leyes Nuevas* y la lucha del dominico por lograr lo que Parish ha llamado "Leyes Nuevas Renovadas". Esta acción conjunta, entre el obispo de Chiapa y el religioso agustino, comienza en la Junta Apostólica de 1546.

La segunda acta aprobada por la Junta se endereza en contra de la encomienda y se llega a una decisión unánime sobre la obligación de restitución por parte de los encomenderos a los indios, de los tributos que han obtenido de ellos cuando no han cumplido con su obligación de evangelizar. Esta resolución de la reunión eclesiástica de 1546 fue de una enorme trascendencia, pues constituye la base de una Ley general dada en ese sentido por la Corona con aplicación en todas las Indias, la que

25 El término es brasileño y significa buscador de metales preciosos. *Cfr.* Luis EDSON FACHIN. "Da Representaçao Constitucional: Pequeno Remédio contra abusos e injusticias", en *Direito Insurgente*. Anais de Fundaçao. Instituto Apoio Jurídico Popular, 1987-1988. Río de Janeiro. p. 22.

26 En agosto de 1996 la Universidad Autónoma de Aguascalientes dio a luz la segunda edición de *El uso alternativo del Derecho por Bartolomé de Las Casas*, que sólo tiene mínimas correcciones con relación a la primera edición.

que fue dada en Valladolid, como Ley 32, el 10 de mayo de 1554.[27]

La obtención de esta ley por parte de los defensores de los indios repara en parte la derogación parcial que se había hecho de las *Leyes Nuevas* de 1542. Esto en virtud de lo que a continuación diremos.

Debido a la influencia de Bartolomé de Las Casas, Carlos V promulgó en Barcelona, el 20 de noviembre de 1542, las llamadas *Leyes Nuevas*, que tienen como principal objeto el buen trato a los indios, respetándoles sus derechos fundamentales; pone las bases para una relación justa entre españoles e indios. Con relación a esto, lo más importante de esa legislación, es que decreta la abolición de la encomienda. Sin embargo, por la presión de los encomendadores, la ley es "obedecida y no cumplida" ejercitándose el *recurso de suplicación*, el cual es declarado procedente, ya que la Corona revoca parte de las *Leyes Nuevas*, en concreto la que prohíbe la encomienda hereditaria, lo que significa que el sistema de encomienda permanece. Esto sucede en octubre de 1545, en Malinas.

Las Casas no se dio por vencido por lo decretado en la llamada Ley de Malinas, y siguió su incansable lucha en contra de la encomienda. Restablecida ésta, había que quitarle su legitimidad y hacerla inoperante jurídicamente a pesar de la ley.

En enero de 1546 se conoce en Nueva España la revocación parcial de las *Leyes Nuevas* y la permanencia legal de la encomienda. Así que Las Casas, entonces ya obispo de Chiapa, participa en la Junta iniciada en la Ciudad de México probablemente a principios de la segunda mitad de ese 1546, y en defensa siempre de los indios, centra su objetivo esta vez contra la encomienda, sólo que ahora en contra de su legitimidad jurídica.

Veracruz profundiza teóricamente la materia de lo acordado por la Junta Apostólica de 1546 con relación a la encomienda. Así, en su tratado *De dominio*, la segunda duda o cuestión la plantea así:

27 *Cfr.* Alonso ZORITA. *Cedulario, Leyes y Ordenanzas Reales de las Indias del Mar Océano 1574*. Ed. Miguel Ángel Porrúa. México, 1985. pp. 53-57.

> ¿Acaso quien posee un pueblo, con justo título, está obligado a la instrucción de los naturales?[28]

Por las respuestas que da a la duda Veracruz, siguiendo la argumentación lascasiana, la encomienda pierde el sustento de su legitimación al confrontarse con la realidad, al ver los hechos frente al derecho, ya que las obligaciones de los encomenderos, que la encomienda implica para con los indios, en muchos casos no se cumplen. Las respuestas del agustino son en el mismo sentido de lo resuelto por la Junta Eclesiástica de 1546. Transcribimos su segunda conclusión con relación a la cuestión segunda del tratado en comento:

> El español, suponiendo que tenga verdadero derecho para exigir tributos al pueblo dado a su encomienda, como dicen por donación del emperador, etc., si no tiene la humana diligencia y solicitud para buscar el modo de que tales súbditos sean instruidos y promovidos en la fe, pecan mortalmente y están obligados a la restitución, si no de todos los tributos, si de algunos, de acuerdo con el arbitraje de una persona prudente.[29]

Helen-Rand Parish escribe:

> "... el docto agustino Fray Alonso de la Veracruz dictó una sensacional relección, "Del dominio (sobre los indios)", para el curso inaugural de 1553-1554 en la nueva Universidad de México. Esta vez una junta de frailes y letrados vindicó por completo la posición lascasiana: ¡pidieron la abolición total de la encomienda, fundando el título real de las Indias en el libre consentimiento de los nativos! Por tanto, ni la intervención imperial suprimió totalmente estas armas eclasiásticas."[30]

28 Alonso DE LA VERACRUZ. *Sobre la Conquista y los Derechos de los Indígenas*, texto íntegro en castellano del tratado *De dominio infidelium et iusto bello*. Trad Rubén Pérez Azuela, O.S.A. Ed. Organización de Agustinos de Latinoamérica (OALA). México, 1994. Parágrafo 47. p. 25.

29 *Idem Supra*. Parag. 65. p. 29.

30 PARISH. *Ob. cit.*, p. 79. (En la nota 120 de su obra Parish promete la reconstrucción de "las desconocidas juntas de 1554" "The Mexican ecclesiatical conferences".)

Lo cierto es que lo acordado en 1546, sobre todo en lo que se refiere a las encomiendas, sirve a Las Casas para iniciar un proceso que Parish llama *renovar* las *Leyes Nuevas* y bloquear una ola revocadora de legislación favorable a los indios.[31] Las ideas y prestigio de Veracruz en la Junta de 1546 y después su relección *De dominio* convertida en tratado fueron seguramente apoyo clave para las tareas lascasianas.

La ley mencionada de 10 de mayo de 1554, que traduce lo acordado en la reunión eclesiástica de 1546, seguramente constituye parte de esa legislación renovada en favor de los indios obtenida por Las Casas. Parish escribe: "Ahora, con la vuelta de Bartolomé de las Casas y su inmensa y nueva labor, se promulgó tal alud de legislación en pro de los indios y decretos de reforma administrativa que sólo se puede llamar 'las Nuevas Leyes renovadas'."[32]

Por lo que a los diezmos se refiere, la Junta resolvió que los indios no tenían obligación de pagarlos. Veracruz será el que tomará en la Nueva España esta bandera de lucha y escribirá su *De decimis*, según Parish "el tratado más importante sobre este problema."[33] Haremos algunas consideraciones sobre *De decimis* más adelante.

Tenemos, entonces, una primera serie de acciones coordinadas de Las Casas y Veracruz: en los trabajos teóricos y argumentativos para lograr las resoluciones de la Junta Apostólica de 1546, y seguramente en la labor política de convencimiento —cabildeo se dice ahora— para lograr esas valiosas resoluciones; y las acciones de Las Casas en la Corte para obtener la ley deslegitimadora de la encomienda y el apoyo teórico y pedagógico de Veracruz con su relección *De dominio infidelium et iusto bello*.

Un segundo grupo de acciones de Veracruz y Las Casas se ubica en el terreno de la preferencia a los religiosos sobre los clérigos, para el servicio evangelizador y eclesiástico de los indios. En este punto no sabríamos decir si las acciones son coordinadas o sólo coincidentes. Veracruz defiende en todos los te-

31 *Cfr.* PARISH. *Ob. cit.*, p. 80.

32 PARISH. *Ob. cit.*, p. 75.

33 PARISH y WEIDMAN. *Ob. cit.*, p. 59.

rrenos los derechos de los religiosos, incluso una buena parte de *De decimis* trata de ello. Las Casas, por su lado, ya en España, dedica buena parte de su tiempo a preparar religiosos para las misiones en las Indias, y gestionando administrativamente ante las autoridades del Estado la autorización para el embarque de los mismos.[34]

2.1 Sobre el tratado lascasiano llamado *De exemptione sive damnatione* y el uso alternativo del derecho

En el trayecto de Ciudad Real de Chiapa a la Ciudad de México, el obispo Las Casas, que se dirigía a la Junta Apostólica de 1546, se detiene en el convento dominico de la ciudad de Antequera, en el Valle de Oaxaca. Allí se entera que un clérigo fue acusado de un crimen el cual se le comprobó. El acusado se refugió en un templo, pero los alguaciles lo sacaron por la fuerza, violando el fuero del santuario que implica el derecho de asilo; fue además juzgado por tribunales civiles, y no por eclesiásticos como correspondía conforme a su fuero, y por orden de la Audiencia de México se le cortó una mano. "Fue una inaudita triple violación de las inmunidades eclesiásticas —violación de un santuario, juicio secular y mutilación de un clérigo— y por lo tanto los autores incurrieron en la pena de excomunión automática."[35]

Ningún obispo tomó cartas en el asunto; sólo el de Chiapa. Las Casas llegó a México-Tenochtitlan en junio de 1546 y

> Desde el convento de Santo Domingo, el obispo Bartolomé de las Casas envió un mensaje a don Antonio de Mendoza, virrey de la Nueva España, y a todos los ocho oidores de la Audiencia, que lo sentía mucho pero que no podía ir a saludarlos y a presentarles sus respetos *¡pues todos se ha-*

34 *Cfr.* Manuel Giménez Fernández. "Bartolomé de Las Casas en 1552", prólogo de la obra de Bartolomé de las Casas. *Tratados.* Tomo I. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1974. pp. LVIII-LXIII. Las Casas en sus tratados expresó teóricamente la conveniencia de los religiosos en la evangelización de los indios sobre los clérigos seculares, en términos análogos a como lo hace Veracruz.

35 Parish y Weidman. *Ob. cit.*, p. 52.

> *llaban en estado de excomunión —excomunión automática, "latae sententiae" —por lo ocurrido en Antequera!*[36]

Helen-Rand Parish se pregunta:

> ¿Qué motivo tendría la extraña entrada de Bartolomé en la ciudad de México y su insistencia en este asunto legalístico de inmunidades eclesiásticas, cuando todos los otros funcionarios y prelados estaban preocupados por una crisis del gobierno español en el Nuevo Mundo? ¡Una crisis en las mismísimas Nuevas Leyes que le habían ganado a Fray Bartolomé el amor eterno de los indios y el odio eterno de los colonos! ¿Por qué había dejado a un lado este asunto máximo para ocuparse de un problemita menor? ¿Qué diablos hacía Fray Bartolomé?[37]

Lo que hacía fray Bartolomé era preparar otro Uso Alternativo del Derecho, usando, como obispo, una vez más, el derecho canónico. Y decimos que una vez más, porque en el gobierno de su diócesis recién lo había hecho con las medidas que dictó para la administración del sacramento de la penitencia y la elaboración de su *confesionario* o reglas para confesores.[38] Ahora escribiría sobre las inmunidades eclesiásticas; según Parish "Las Casas escribió 'La exención o la damnacion' en la ciudad de México en 1546, más o menos seis meses después de su extraña entrada en la capital virreinal"[39] Las Casas necesitaba una justificación plena en Derecho, para encaminar sus acciones, nuevamente, contra la encomienda, tal como las llevó a cabo en la Junta de 1546. Requería, además, de un instrumento teórico que tuviera tal fuerza que lo protegiera tanto a él como a los religiosos defensores de los indios hasta del propio Rey; requería de un escudo legal tan fuerte como la Ley de Dios.

36 *Idem Supra.* p. 51.

37 *Idem Supra.* p. 55.

38 *Cfr.* De la Torre. *El Uso Alternativo del Derecho por Bartolomé de Las Casas. Ob. cit.* En especial el capítulo V. pp. 153-169.

39 Parish y Weidman. *Ob. cit.* p. 55.

Hemos afirmado que Bartolomé de Las Casas, al interpretar la Bula *Inter Cetera*, hace Uso Alternativo del Derecho, aceptando la validez del derecho medieval.[40] De igual modo, Las Casas construye sus argumentos en *De exemptione, sive damnatione* recurriendo a las tesis medievales, de otro modo no hubiera podido concluir como concluye; no hubiera podido construir el escudo. Ya hemos explicado, en la obra referida, que Las Casas es un moderno porque defiende la igualdad de derechos de todos los seres humanos, pero es un moderno que usa argumentos medievales como uso alternativo de Derecho, pues son los que le sirven para salvar esa igualdad en el mundo real y que no quede sólo en el de las ideas. En consonancia con esto Parish escribe:

> Así, en todo tratado Las Casas empleó *la aceptada doctrina medieval* para respaldar un acto eclesiástico subversivo en favor de los indios.[41]

La cuestión a resolver en *La exención o la damnación* es planteada por Las Casas de este modo:

> *¿Quedan exentos y libres los eclesiásticos y ministros del culto divino del poder y la jurisdicción coactiva de príncipes y jueces seglares?*[42]

Siguiendo el método escolástico Las Casas plantea las objeciones y establece las tesis negativas, diciendo que *"A primera vista parece que no"*.[43] Nos interesa destacar la primera prueba porque en la misma está establecido el criterio del Derecho moderno; dice que no están exentos del poder y jurisdicción civil los eclesiásticos, porque forman parte del Estado.

> Los eclesiásticos, bien que dedicados y consagrados al culto divino, forman sin embargo parte del Estado y del cuerpo de una sola república con los laicos. Luego han de vivir según las leyes de tal Estado, y deben ser juzgados por ellas si cometen un crimen.[44]

40 *Cfr.* DE LA TORRE. *El uso alternativo... Ob. cit.* En especial el cap. II pp. 57-83.
41 PARISH y WEIDMAN. *Ob. cit.* p. 126.
42 Citado por PARISH y WEIDMAN. *Ob. cit.* p. 127.
43 *Idem Supra.* p. 197.

Sin embargo, como hemos dicho, no acepta las tesis del Derecho moderno sino que sostiene los criterios jurídicos medievales y son los que trata de probar. Por eso, su conclusión es esta:

> *En efecto, quedan exentos los hombres eclesiásticos, dedicados al culto divino, del poder y la jurisdicción coactiva de príncipes seglares. Esto no consta expresamente por ley divina. Atañe, sin embargo, a la ley natural y divina que no pueden ser castigados por un juez, no importa la gravedad de su crimen.*[45]

A continuación fray Bartolomé aporta todo tipo de pruebas para demostrar su conclusión: pruebas relativas a la Ley Divina, en la Escritura; de Ley Natural y Divina, con aportación de datos históricos para reforzar lo relativo a la Ley Natural, y que "lo que existe entre todas las naciones se considera natural",[46] y ejemplos en la Patrística como a San Ambrosio reprendiendo al emperador Valentiniano; y el consenso de todos los canonistas y juristas.

En la IV parte del tratado Las Casas toca lo relativo al rey, extendiendo la exención hasta los crímenes de lesa majestad.

> Nuestra conclusión afirma (tal exención) "no obstante la gravedad de su crimen". Esto quiere decir ¡aun si cometen un crimen que ofrende la majestad real! En efecto, los eclesiásticos pueden cometer crímenes de deslealtad y traición contra los reyes y príncipes a cuyos reinos pertenecen en sus personas. Porque les deben prestar lealtad y homenaje, y son miembros de sus cuerpos místicos (es decir, de sus reinos) aunque no en su jurisdicción. Así man-

44 *Idem Supra.* p. 197.
45 *Idem Supra.* p. 198.
46 *Idem Supra.* p. 204.

da San Pedro: "Temed a Dios, honrad al rey." Luego, si los clérigos no observan estos deberes, cometen deslealtad. Pues, estando bajo la majestad de los reyes y miembros de sus reinos, tienen obligación al juramento de lealtad y homenaje, y también a la defensa, cual miembros místicos y parte del cuerpo místico del reino o reinos.

En efecto, es compatible quedar a la misma vez bajo la majestad. lealtad y soberanía de alguien —y *no* bajo ni en su jurisdicción contenciosa (es decir, legal).

. . . . . .

Entonces, aunque las personas eclesiásticas cometiesen el detestable crimen de lesa majestad (deslealtad y traición) contra los reyes y príncipes de los reinos —¡no lo permita Dios!— éstos no los deben castigar ni coaccionar con poder legal, sino con una coerción casi casera y algo paterna. En efecto, sólo se corrigen por un poder judicial mediante el oficio o juicio del rigor eclesiástico. Se prueba así: las personas eclesiásticas no pertenecen al fuero legal, ni están bajo la autoridad de reyes o príncipes seglares. Luego, estos monarcas no tienen ninguna jurisdicción sobre ellos. En este respecto, reyes y príncipes seglares, y cualquier otro juez temporal, resultan ser personas privadas porque carecen de jurisdicción. Pues tales eclesiásticos están sujetos sólo a la jurisdicción eclesiástica y pertenecen al fuero eclesiástico.[47]

Al llegar a este punto, precisamente en donde aparece el número 144, Alonso de la Veracruz hace la apostilla XI, que tiene una gran importancia, dice así:

Esto es de notarse especialmente respecto a las cosas que suelen ocurrir en el Nuevo Mundo en particular, contra los ministros del rey que defienden a los (indios) recién convertidos.[48]

47 *Idem Supra*. pp. 220 y 221.
48 *Idem Supra*, p. 241, nota 144.

Teniendo en cuenta que Veracruz fue acusado a la Corona por la defensa de los derechos de los indios, y que, como hemos visto, el manuscrito lascasiano está anotado por él y él mismo lo trajo a México, es claro que lo consideraba un escudo jurídico para defenderse de aquellos a los que molestaba su práctica de defensa de los derechos de los naturales de las Indias. El mismo Veracruz, pues, hace uso alternativo del Derecho con el tratado lascasiano *La exención o la damnación*. Como escribe Helen-Rand Parish, "Alonso de la Veracruz entendió claramente la finalidad práctica de *De exemptione, sive damnatione*.[49]

3. La cuestión X de *De decimis* como uso alternativo del Derecho

Del tratado sobre los diezmos de Alonso de la Veracruz, debemos resaltar el desarrollo de la Cuestión X o duda décima, por contener un sentido jurídico profundo, ya que da criterios para el mejor entendimiento de la esencia del Derecho. Concretamente trata sobre la cuestión de la forma frente al contenido del derecho, la formalidad ante la materia. El profesor de la Universidad de México marca que la esencia del derecho está en su materia o contenido. Los criterios desarrollados por Veracruz en esa Cuestión X de *De decimis*, dan argumentos para el Uso Alternativo del Derecho desde el ámbito de la judicatura aun hoy en día. Pero lo que queremos plantear aquí, es si esos mismos criterios filosóficos jurídicos colocados por Veracruz, constituyen en sí mismos Uso Alternativo del Derecho, y además si son base de prácticas alternativas del Derecho en su época.

Nuestra respuesta es afirmativa: *Consideramos que las conclusiones a la Cuestión X y la argumentación que las sostiene, son en sí mismas ya uso alternativo del Derecho y, además, constituyen una base sólida para prácticas alternativas de lo jurídico*. Veamos por qué.

El planteamiento de la décima duda es así:

49 Parish y Weidman. *Ob. cit*. p. 126.

> Se pregunta en décimo lugar, si cesando la razón de la ley, cesa también su obligación.[50]

Las conclusiones de Veracruz son en el sentido de que cesando la razón de la ley, cesa también la obligación de la misma ley.

Este criterio filosófico jurídico, aplicado a la materia de los diezmos, constituye uso alternativo del Derecho. Pues Veracruz irá argumentando que cesando las razones por las que los diezmos obligan, necesariamente éstos pierden su fuerza obligatoria, porque la razón de la ley dejó de existir. Así si no hay ministro, ni cuidado de los pobres, ni construcción del templo, ni provisión para el culto divino "cesa la obligación de la ley humana para pagar los diezmos";[51] pues los diezmos tienen como razón de ser el mantenimiento del ministro, el cuidado de los pobres, la fábrica de la iglesia y la provisión de lo necesario para el culto.

Tampoco obligan los diezmos de acuerdo a Derecho, cuando son los mismos "neófitos" (indios) los que sostienen a los que los administran espiritualmente y a los pobres, y fabrican el templo y proveen para el culto.[52] Porque también en este caso la causa de la ley no existe, ha cesado, y por lo tanto también su obligatoriedad.

Constituye el tratado *De decimis* por sí mismo uso alternativo del derecho, en virtud de que los criterios de equidad y justicia que sustenta y los principios generales del derecho que desarrolla, son para quitarles a los indios, a los empobrecidos de las Indias, la carga adicional de patrocinar ellos su evangelización, cuando ya estaban cargados con suficientes pesos económicos y tributarios.

50 Alonso DE LA VERACRUZ. *Sobre los Diezmos*, texto integro en castellano del tratado *De decimis*. Trad. Rubén PÉREZ AZUELA, O.S.A. Ed. Organización de Agustinos de Latinoamérica (OALA). México, 1994. Parag. 330. p. 117.

51 *Idem Supra*. Parag. 357, p. 123.

52 *Idem Supra*. Parag. 360, p. 124.

Por otro lado, Veracruz está proponiendo un criterio distinto de interpretación, alternativo al comúnmente aceptado, y que tiene relación directa con el contenido o materia del derecho, como prioritarios, con relación a la forma. Hemos dicho que la juridicidad antigua no reduce las fuentes del Derecho a la ley, entendida ésta como la normatividad general puesta e impuesta por la autoridad; sino que ofrece una gama amplia de posibilidades para regular las relaciones humanas y para resolver los conflictos; tales como las costumbres, los principios generales del Derecho, los criterios de justicia y la equidad o epiqueya.

Si esto es así, el aporte de Veracruz, proponiendo una interpretación por el contenido o materia del Derecho es muy importante, y alternativo de la interpretación común que es inclinada por las formas.

Veracruz se ocupa del argumento que sostiene que si no se dan las formalidades del testamento éste es inválido, no importando que se contradiga la voluntad del testador, y a pesar de que se reconozca que las formas son para la seguridad de los actos jurídicos, tratándose de evitar fraudes y engaños. Él opina lo contrario.

> Sin embargo, nosotros sostenemos la sentencia contraria, la cual defendimos hace tiempo en Salamanca en público y frente a un grupo de doctísimos varones, a saber, en el caso concreto del argumento, cesando la razón de la ley, también cesa la obligación y queda dentro de la ley natural y cómo por derecho natural puede uno donar sus bienes y transferir el dominio a otro, así como también puede instituir heredero, aunque no se observen las solemnidades del derecho humano.[53]

Es clara la posición de Veracruz con relación a la esencia de lo jurídico: la materia o contenido. La forma tiene su razón de ser como protección de la materia.

53 *Idem Supra*. Parag. 373, p. 127.

El otro asunto que aborda el filósofo agustino tiene que ver con la administración de justicia, con las sentencias de los jueces. Se plantea la controversia así: si es lícito a los jueces, haciendo a un lado lo alegado y probado en el procedimiento, juzgar (decidir) basándose en la verdad que conocen.

En esta cuestión Veracruz se aparta del criterio sostenido comúnmente y que es el de Santo Tomás de Aquino[54] y el de su maestro salmantino Domingo de Soto. Y nuestro filósofo novohispano dice:

> Sin embargo, nosotros negamos que en este caso el juez deba juzgar de acuerdo con lo alegado y probado, eliminando siempre el escándalo, más bien creemos que en este caso cesa la obligación de la ley. Y se prueba porque, dado que la prueba de los testigos se aduce para encontrar la verdad, si consta ya la verdad, no obliga la ley de juzgar contra la justicia. Puesto que los juicios son instituidos en favor de la caridad y la justicia, no deben funcionar contra la caridad y la justicia. En este caso, ni el juez, si puede hacerlo sin escándalo, debería admitir la prueba de los testigos, cuando a él le conste con certeza la inocencia del reo, ni es necesario que se exhiban otras pruebas, sino que, de acuerdo con lo que le consta, debe absolver al reo en conciencia.[55]

Veracruz está ofreciendo, entonces, un criterio alternativo para juzgar. Un criterio ligado al contenido del Derecho, a la materia de lo jurídico. Para Veracruz la justicia es material, no formal; se objetiviza, no se cumple en el apego a las formalidades.

Y, por último, el hecho de introducir a la materia judicial la noción de *caridad*, además de la justicia, resulta ser la posición radical de la alternatividad, porque la *caridad* implica el reconocimiento pleno de la *alteridad*, del *otro*, que se cumple con las acciones en su servicio. Es lo jurídico visto como *mispat*, como liberación del oprimido, como servicio al desvalido, como amparo del desprotegido.

54 *Cfr.* Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica* T. XI. *La Prudencia , la Justicia y el Derecho*. Versión del texto latino de Ismael Quiles. Club de Lectores, Buenos Aires, 1987, p. 234.

55 *Idem Supra*. Parag. 382, p. 130.

Palabras Finales

De acuerdo a lo que hemos visto, Alonso de la Veracruz resulta ser, también con su práctica jurídica, formador de nuestra tradición jurídica hispanoamericana de los derechos humanos en el sentido en que la hemos explicado.[56] Esto puede ser porque es plenamente agustino, quiero decir fiel hijo de su padre San Agustín, que si bien sostiene que justicia es "dar a cada uno lo suyo", afirma también que *la justicia consiste en socorrer a los necesitados*.[57]

56 *Cfr.* Jesús Antonio de la Torre Rangel. "La Concepción de los Derechos Humanos en Alonso de la Veracruz", en *Revista de Investigaciones Jurídicas* Nº 20. Escuela Libre de Derecho, México, 1996. pp. 555-601.

57 Citado por Gregorio Pérez de Guereñu, O.F.M., *De Trinit*, XIV, 9, 12 (39, 749): *Iustitia est in subveniendo Miseris*. "El caminar de San Agustín con el Pueblo de Dios", en *San Agustín y la Liberación. Reflexiones desde Latinoamérica*. Simposio de la Organización de Agustinos de Latinoamérica. (O.A.L.A.) Ed. Centro de Estudios y Publicaciones y Centro de Estudios Teológicos de la Amazonia. Lima, 1986. p. 135.

DE LA JUSTICIA A LA LEY: INDIVIDUO Y CRIMINALIDAD EN MÉXICO INDEPENDIENTE, 1821-1871.[1]

Beatriz URÍAS HORCASITAS

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *Antecedentes generales*. a) *Ideas y prácticas penales españolas del periodo absolutista*; b) *El sistema novohispano*. 3. *Transformaciones y continuidades a partir de la independencia*. 4. *La jurisprudencia*. 5. *Conclusión*.

1. INTRODUCCIÓN

La génesis de la concepción moderna de individuo ha sido vinculada a la crisis del orden monárquico absolutista europeo que se inició durante los siglos XVI y XVIII en Europa, y que entrañó un cuestionamiento de las relaciones de dependencia que los miembros de la sociedad habían mantenido con el Estado y la Iglesia. En efecto, la ruptura del orden absolutista significó una transformación del gobierno y de la moral de las sociedades de Antiguo Régimen, en cuyos orígenes es posible identificar la aparición de una esfera de la vida privada sobre la cual ni el Estado ni la religión podían intervenir. Lo anterior desembocó en la conceptualización del individuo moderno dotado de derechos (a la seguridad, a la vida, a la propiedad, a

1 Este ensayo pudo ser terminado gracias a la conjunción de diversos elementos. Por una parte, el haber tenido la oportunidad de consultar la excelente biblioteca de la Escuela Libre de Derecho en la que, con la ayuda de los bibliotecarios, pude consultar una parte sustancial del material que se recoge en este trabajo. En segundo lugar, el haber podido asistir al Diplomado en Derecho Penal que se imparte en esta misma Escuela. En tercer lugar, el contar con los comentarios y sugerencias de lecturas de Jaime del Arenal, que me permitieron definir con mayor claridad la orientación de mi trabajo.

dotado de derechos (a la seguridad, a la vida, a la propiedad, a la libre opinión, a la participación política), a partir del establecimiento de una disociación entre las reglas que regían la vida social y la moral individual.[5]

En este contexto, la función de gobernar por parte del nuevo Estado quedó limitada al establecimiento de ciertos principios que garantizaran el orden y minimizaran los riesgos de conflicto entre los individuos. Un autor que ha simpatizado abiertamente con las transformaciones generadas por el individalismo, Michael Oakeshott, definió el lugar de lo jurídico dentro de la concepción liberal de gobierno, en los siguientes términos: gobernar es establecer el *vinculum juris* entre individuos cuyos intereses particulares pueden desembocar en una frustrante colisión de intereses; proveer remedio y reparación a los daños causados por algunos; castigar a aquellos que buscan promover sus propios intereses sin importarles las reglas; y, por supuesto, sentar las bases de un control social susceptible de mantener la autoridad del Estado como árbitro, y proteger a la asociación de la intervención de sus enemigos. Asimismo, gobernar implica reconocer el surgimiento de nuevas situaciones de conflicto y modificar las reglas jurídicas en consecuencia. En suma, para Oakeshott, gobernar es establecer a través del derecho una condición de equilibrio estable que haga posibles y redituales las actividades de los individuos[6]

En efecto, el Estado liberal puso bajo su salvaguarda exclusiva la tarea de impartir justicia, lo cual conllevó la anulación de la organización de justicia informal o no-estatal que había existido en las sociedades de Antiguo Régimen. El movimiento hacia la concentración y la centralización de la dimensión de lo jurídico en manos del Estado tuvo, según Paolo Grossi, una doble significación: "en positivo, la consolidación de un riguroso monopolio; en negativo... una brutal expropiación".[7] La interpretación de Grossi es que la apropiación de la dimensión jurídica por parte del Estado hizo desaparecer una pluralidad de disposiciones y de ordenamientos legales que los monarcas absolutistas habían dejado en manos de la sociedad, considerando que el derecho privado de origen consuetudinario no estaba directamente vinculado a la competencia del gobierno. Su interpretación es que con la anulación de este derecho se perdió un contacto vital entre lo jurídico y la realidad social. En palabras de Grossi, "gracias a su matriz consuetudinaria y a una definición jurídica plástica y móvil, como la realizada por la doctrina y la jurisprudencia, este derecho mantenía una preciosa ósmosis con el mundo de los hechos, del que obtenía un vital, continuo recambio, y se impedía, así una delimitación demasiado rígida entre el *factum* y el *ius*, entre lo jurídicamente relevante y lo irrelevante".[5] Desde esta perspectiva, la creación de una nueva forma de Estado basada en la sistematización del derecho, la imposición del imperio indiscutible de la ley y la profesionalización de los individuos ligados al sistema de justicia representó no sólo el empobrecimiento y el anquilosamiento de la tradición jurídica precedente sino la imposición de una visión del derecho como simple vínculo legal entre dos realidades: el Estado liberal y el individuo. Grossi ha señalado que esta vasta operación de monopolización y expropiación del derecho por parte del Estado liberal desembocó en una nueva forma de absolutismo jurídico que se impuso sobre las sociedades modernas y contemporáneas.

En el terreno específico del derecho penal ha existido, y existe hasta hoy, una importante polémica en torno al sentido de la transformación inducida por la influencia del racionalismo ilustrado, que cristalizó en el Estado burgués. Para algunos autores, la crítica al derecho penal absolutista que se inició durante el siglo XVIII bajo la influencia del racionalismo representó un avance indiscutible en relación con las ideas y con las prácticas judiciales de Antiguo Régimen que habían apuntalado el dominio brutal de los grupos oligárquicos apoyados en el

5 Véase P. MANENT, "Prefacio", *Les libéraux*, vol. I, Hachette, París 1986; e *Histoire intellectuelle du libéralisme: dix lecons*, Calmann. Levy, París 1987.

6 M. OAKESHOTT, *Morality and Politics in Modern Europe*, The Harvard Lecturas (1958), Yale University Press, New Haven and London 1993, p. 50.

7 Paolo GROSSI, "Discurso leído en la ceremonia de investidura como Doctor Honoris Causa", Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1991, p. 12.

5 *Ibidem*, p. 13.

el viejo sistema de privilegios e inmunidades. Desde esta perspectiva, el historiador del derecho penal español Francisco Tomás y Valiente sostiene que el, "Derecho Penal del Estado liberal fue más justo, más técnico, menos severo que el de la Monarquía absoluta. Naturalmente siguió habiendo unos "delitos políticos" tan duramente perseguidos por el nuevo Estado como antes los *crimina laesae Majestatis humanae* por el soberano absoluto; y por supuesto, la nueva clase dominante, la burguesía utilizó también en su favor la nueva legislación punitiva. Pero aún en estos aspectos, los menos "confesables" de todo sistema jurídico, la dureza de la ley penal fue menor que la de siglos anteriores. Y al margen de ellos, la ley penal del Estado liberal protegió la pacífica convivencia en sociedad de manera menos opresiva, reduciendo el catálogo de delitos, disminuyendo la crueldad de las penas, mejorando el aparato técnico-jurídico de la época anterior, ocupándose no sólo del delito sino del delincuente".[6]

El historiador contemporáneo del derecho penal francés, Jean-Marie Carbasse ha profundizado la misma línea de interpretación de Tomás y Valiente, examinando en detalle los orígenes de la transformación que en materia de derecho penal se produjo durante el siglo XVIII.[7] En este sentido, señala que si bien la discusión en torno a las ideas penales había existido en Francia desde la Edad Media, a partir de 1720 dejó de ser un asunto que interesaba sólo a los especialistas convirtiéndose en un problema que concernía la opinión pública en general. En los orígenes del movimiento crítico que tuvo lugar durante el siglo XVIII, identifica las ideas de Montesquieu así como la influencia de la corriente reformista que impactó toda Europa y que culminó con la publicación del *Tratado de los delitos y las penas* de Beccaria en 1764. De acuerdo con la interpretación de Carbasse, el rompimiento con los privilegios y particularis-

6 TOMÁS y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta*, Editorial Tecnos, Madrid 1969, p. 408.

7 J.M. CARBASSE, *Introduction historique au droit penal*, Presses Universitaires de France, París 1990.

siglo XVIII, se consolidó con la formulación de los derechos del hombre y del ciudadano después de la Revolución Francesa. El movimiento de crítica al absolutismo tomó como punto de referencia al individuo, y en materia de justicia al acusado. En los inicios del siglo XIX, este último era ya considerado un sujeto que detentaba determinados derechos (presunción de inocencia, derecho de defensa), inscritos en una legislación penal que establecía una relación proporcional entre delitos y penas. De este planteamiento se derivaron consecuencias importantes. Se descartó que la tortura fungiera como elemento probatorio. Los procesos dejaron de tener un matiz inquisitorial en el cual el acusado ignoraba la causa de su detención, insistiendo en la necesidad de que una acusación fuera pública y estuviera sustentada en pruebas legales. Se fijaron límites al arbitrio de los jueces, estableciendo que éstos deberían sujetarse estrictamente a la ley. Es así que en la última parte del siglo XVIII y los inicios del XIX, la concepción del juez "autómata" fue muy popular en Francia. En el contexto de esta transformación general, Carbasse identifica también un cambio en la manera de percibir la naturaleza de los actos que había que reprimir. En efecto, el sistema de justicia atravesó por un proceso de secularización que se reflejó en la definición de los delitos, en el sentido que dejó de considerarse que las infracciones a la religión o ciertas modalidades de la moral individual fueran objeto de una sanción penal. Por otra parte, a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre, la ley comenzó a aplicarse de manera uniforme: dejaron de existir castigos diferenciados por una determinación estamental o corporativa. Finalmente, se cuestionó el rigor de las penas que se aplicaban durante el Antiguo Régimen y se abolió el suplicio como castigo.[8]

8 La jurista francesa Mireille Delmas-Marty coincide con J. M. Carbasse en el sentido de poner el acento sobre los aspectos positivos de la transformación del sistema penal en Francia a partir del siglo XVIII. Desde esta perspectiva, señala que la influencia del racionalismo permitió establecer limites al derecho a castigar mediante el establecimiento de un sistema de penas fijas e iguales para todos. Añade que el primer Código penal francés limitó el arbitrio de los jueces y redujo la atrocidad de los castigos. M. DELMAS-MARTY *Le Flou du Droit*, Presses Universitaires de France, LesVoies du Droit, París 1986, pp. 69-70.

Frente a esta primera línea de interpretación se sitúan otros autores que si bien reconocen algunos de los beneficios que entrañaron las transformaciones generadas por la crítica al sistema penal absolutista, son menos entusiastas al evaluar las repercusiones que en el largo plazo tuvieron los planteamientos individualistas y racionalistas en materia de justicia penal. Desde esta perspectiva, el jurista británico Alan Norrie señala que la aplicación del modelo del individuo abstracto al derecho penal moderno representó un retroceso más que un avance en la medida en que el racionalismo legal dio lugar a formas más eficientes de control social pero no generó mayor justicia. Esto, debido a que la imposición del modelo del individuo "ideal" en materia jurídica implicó que el derecho estuviera basado en una abstracción que dejaba de lado las condiciones reales de los individuos insertos de manera concreta en la vida social. La hipótesis de Norrie es que tanto la estructura interna del nuevo derecho penal como la manera de aplicarlo, reflejan esta abstracción: "Las categorías básicas del derecho penal están imbuidas de una forma abstracta de individualismo que se desarrolló en el siglo diecinueve para controlar la desobediencia de la clase trabajadora a través de una forma legal que confería respeto formal al individuo. Una esfera general de justicia individual mediaba, controlaba y ocultaba las relaciones sociales que eran inherentemente conflictivas e inequitativas (...). (Por consiguiente), las categorías en las que cristalizaba la justicia individual tenían que estar lo suficientemente vacías de contenido social para que fuera imposible que el individuo apareciera como otra cosa que el individuo "universal". Sólo las características humanas abstractas como la intencionalidad, el comportamiento imprudencial, los voluntarismos y la racionalidad tenían cabida en los tribunales. Las circunstancias personales que habían motivado una conducta eran puestas de lado. En particular, cualquier consideración de orden político era excluida hasta donde fuera posible de los tribunales".[9] Por otra parte, señala el mismo autor, el modelo del individuo abstracto

9 A. NORRIE, *Crime. Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, Weidenfeld and Nicolson, London 1993, pp. 83-84.

no era compatible con la orientación de las prácticas procesales dirigidas a impartir un severo control social sobre los grupos mayoritarios. En efecto, según Norrie, en Inglaterra y en Francia el ascenso individualista en materia penal coincidió con la agudización de la represión política y con la creación de nuevos mecanismos de control dirigidos a someter a los grupos que la revolución industrial había asimilado a la esfera del trabajo. Por consiguiente, si bien al proponer la transformación del sistema penal absolutista, la intención de un pensador como Bentham fue combatir la injusticia haciendo que la ley se aplicara a todos bajo las mismas condiciones, durante el siglo XIX el ejercicio del nuevo derecho penal en Inglaterra quedó en manos de las clases alta y media (de la cual provenían los jueces y los funcionarios judiciales) que aplicaron de manera implacable las categorías abstractas del individualismo a una sociedad marcada por profundas diferencias. Lo anterior, reitera Norrie, no sentó las bases de un sistema más justo sino que introdujo una tensión permanente —que no ha desaparecido— entre los principios doctrinales inspirados en el individualismo y una realidad social que dista de ser igualitaria.[10]

También desde una perspectiva crítica, Michel Foucault examinó la transformación de las formas y del objeto del castigo a partir de la aparición de la concepción penal individualista.[11] En su análisis del surgimiento del modelo de la "sociedad dis-

10 Acerca de las manera en que las contradicciones que marcaron la formulacion inicial del derecho penal siguen estando presentes en la actualidad, Norrie hace este señalamiento: "La actividad de los abogados penalistas gira en torno a un sistema de reglas que se supone formal, técnico, consistente, y que pretende hacer justicia a los individuos. Este discurso esta siempre amenazado porque está construido sobre conceptos que implican una exclusión: de las políticas opositoras animadas por los grupos que no forman parte de la élite, del contexto social en el que se desarrolla la criminalidad, y aún de algunas percepciones políticas de la elite misma. Los principios de responsabilidad sobre los cuales descansa el derecho penal adquieren su forma particular de aquello que es excluido de la evaluación subjetiva del delito (...). Aquello que es excluido, las fuerzas subterráneas de lo político y lo ideológico, irrumpe continuamente en el derecho, desequilibrando su apariencia formal de consistencia y perturbando sus categorías conceptuales". A. NORRIE, *op. cit.*, p. 110.

11 M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI Editores, México 1995.

ciplinaria" en la ultima parte del XVIII y principios del XIX, Foucault identifica una formulación acerca del criminal como "enemigo interno" de la sociedad al cual debían aplicarse determinados tipos de castigo que culminaron con la invención del sistema penitenciario, dirigido a ejercer un control sobre la "interioridad" de los individuos delincuentes más que a fortalecer la defensa de la sociedad. De ahí la importancia que simultáneamente cobraron otras disciplinas y prácticas (psicología, psiquiatría, criminología, pedagogía, etc.) que buscaban articular un nuevo sistema de control social (o de "ortopedia social") basado en la vigilancia y la corrección del individuo moderno.[12]

En relación al caso de México poco se ha especulado acerca de lo que la influencia del individualismo pudo haber representado en relación al desarrollo de un nuevo sujeto del derecho penal durante los dos primeros tercios del siglo XIX. Contamos sólo con algunos trabajos aislados que han tratado de recuperar la información básica acerca de la historia del derecho y de las instituciones penales en México independiente, sin adentrarse en interpretaciones acerca de la significación (positiva o negativa) que en materia penal tuvo el bagage individualista en un país marcado por una problemática singular derivada de diferencias sociales, raciales y culturales que habían estado presentes a lo largo de la época colonial.

Este ensayo busca explorar el sentido de la evolución del individualismo jurídico durante las primeras décadas de vida independiente en México. Partimos de la consideración de que el proceso que tuvo lugar en México fue el producto de una lenta transformación que no coincidió con aquella que tuvo lugar en Europa, ni en términos de periodización (el primer Código penal mexicano fue promulgado en 1871, mientras que en Francia y en Inglaterra la formalización del individualismo jurídico data de los últimos años del siglo XVIII), ni en términos del sentido que los mexicanos dieron a algunas nociones de la doctrina individualista (debido a que las prácticas jurídicas se-

12 M. FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa Editorial, Barcelona 1995, pp. 91-140.

guían estando fuertemente marcadas por la tradición jurídica española y novohispana, en particular el casuismo).

Desde esta perspectiva, en el discurso penal del periodo 1821-1871 es posible identificar un entrelazamiento de elementos tradicionales y modernos. En efecto, en los procesos judiciales de los dos primeros tercios del siglo XIX sobrevivió una manera de argumentar acerca de las condiciones y de las circunstancias que rodeaban los delitos en la que es manifiesta la continuidad del enfoque casuista. En forma simultánea, la argumentación que se entreteje en la jurisprudencia penal del periodo 1821-1871 refleja también el desarrollo de una nueva concepción del delito y del delincuente que apunta en el sentido del individualismo. En otras palabras, los temas abordados por los abogados defensores y los jueces mexicanos de la primera mitad del siglo XIX están ya claramente marcados por la modernidad y por la problemática que le es propia: la pobreza, la educación, la posición del acusado dentro de un sistema de clases, los atavismos culturales y sociales que predeterminaban a ciertos individuos y grupos hacia el crimen, en fin los elementos subjetivos (pasiones, emociones, locura, embriaguez) que influían sobre el comportamiento criminal. Si bien algunas de estas cuestiones habían sido debatidas durante la época colonial, a partir del siglo XIX cambiaron radicalmente los términos de la discusión.

El hecho de que en la jurisprudencia penal de los dos primeros tercios del siglo XIX en México pueda ser identificada una reflexión en torno a temas y problemas modernos no constituye un indicio de la abolición de las tradiciones penales española y novohispana. Una de las paradojas que probablemente distinguieron la transición hacia un nuevo sistema de justicia y hacia una nueva concepción acerca de la criminalidad en México independiente fue el entrelazamiento entre la nueva corriente individualista (orientada hacia el establecimiento de un sistema fijo y coherente de leyes) y el viejo enfoque casuista (orientado hacia la determinación de las circunstancias cambiantes que rodeaban cada caso).

En relación a lo anterior, autores contemporáneos han cuestionado el sentido de la transición definitiva del enfoque ca-

suista al enfoque sistémico en materia de impartición de justicia, interrogándose si la influencia de la modernidad representó un avance incontestable. Entre ellos se encuentra el historiador del derecho indiano Víctor Tau. Para este autor, la ilustración aceleró el lento proceso evolutivo que había entrelazado estos enfoques, anulando el lugar que el casuismo había dado al arbitrio de los jueces y privilegiando la referencia a un ordenamiento de leyes.[13] El enfoque casuista tuvo gran arraigo durante la época colonial, y coexistió con las tendencias modernizadoras que se desarrollaron durante el siglo XVIII. Su ejercicio suponía que los funcionarios judiciales analizaran e interpretaran las condiciones concretas que rodeaban cada caso, lo cual implicaba poner atención al contexto (circunstancias de persona, tiempo y lugar) que rodeaba una situación particular. La valoración de los aspectos subjetivos de la conducta del acusado desde una perspectiva en la que se entrelazaban consideraciones morales y jurídicas, implicaba tener un conocimiento integral del derecho que sobrepasaba la aplicación puntual de la ley. El enfoque sistémico que se impuso a lo largo del siglo diecinueve descansaba, por su parte, en el "supuesto de que el Derecho era una realidad que podía ser objeto de una elaboración intelectual abarcadora, en base al Derecho natural y aplicando criterios de razón. Conforme a ello, a partir de un escogido número de principios o máximas, podía establecerse una estructura normativa en la cual hipotéticamente cabían todos —o la mayor parte— de los hechos humanos necesitados de una solución jurídica. De tal modo la ley, racional, clara y abarcadora, desterraba cualquier tipo de interpretación doctrinaria y todo arbitrio judicial, vías ambas que aparecían como alusivos instrumentos del ordenamiento entonces vigente. Conceptos, instituciones, normas genéricas, clasificaciones, divisiones, asomaban en el mundo de los juristas en sustitución de una jurisprudencia de "casos", relegada y hasta

13 V. TAU ANZOATEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Instituto de Investigaciones Históricas del Derecho, Buenos Aires, 1992.

extinguida en la mente de los mas teóricos."[14] Además de establecer límites al arbitrio del juez, el enfoque sistémico estaba basado en una clara diferenciación entre derecho y moral. Para Víctor Tau, la primacía de la ley por encima de consideraciones de carácter subjetivo desembocó en un empobrecimiento de la práctica del derecho.

Desde esta perspectiva, el análisis de las características generales de la tradición penal que estuvo vigente en México antes de la independencia nos permitirá comprender mejor el sentido de la transición que tuvo lugar durante los dos primeros tercios del siglo XIX. Esta transición culminó en 1871 con la codificación de la legislación penal y la adopción definitiva de un enfoque racionalista e individualista que dejaba menor margen de arbitrio al juez y que excluía la consideración de las circunstancias que rodeaban un caso. La jurisprudencia penal de los dos primeros tercios del siglo XIX en México es quizá uno de los últimos vestigios del entrelazamiento de casuismo y sistema, y por consiguiente, de la existencia de la reflexión tradicional en torno a la justicia. Esta reflexión irá desapareciendo conforme el derecho se sistematiza y tecnifica, haciendo prevalecer la dogmática jurídica sobre cualquier otra consideración a partir de la última parte del siglo XIX.

2. ANTECEDENTES GENERALES

a) *Ideas y prácticas penales españolas del periodo absolutista*

En su obra *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta*, Francisco Tomás y Valiente señaló que a partir del siglo XVI, en particular durante el reinado de los Reyes Católicos, el poder real inició una intervención activa y sistemática en materia penal. Durante la Alta Edad Media, la mayor parte de los delitos que después fueron considerados objeto del derecho penal estaban remitidos al binomio ofensa/venganza y eran dirimidos por los particulares sin que interviniera la justicia for-

14 *Ibidem*, p.154.

mal. El fortalecimiento del poder real a partir del siglo XVI repercutió directamente sobre esta cuestión. Contra las resistencias de la nobleza y de las comunidades apegadas a sus derechos locales, el Estado absolutista impuso el principio de que el mantenimiento de la paz y del orden publico se desprendía de un ordenamiento jurídico general que sería aplicado por los oficiales y los jueces nombrados por el monarca. En suma, la impartición de la justicia se convirtió en uno de los atributos del rey, y con ello en una "pieza esencial de un Estado unitario en proceso de constitución por encima de feudalismos nobiliarios y de particularismos regnicolas de cuyo bajo-medieval."[15]

Además de fortalecer el poder real frente a la nobleza y los particularismos locales, señala Tomás y Valiente, los reyes católicos legislaron abundantemente en materia penal a fin de pacificar sus reinos (sobre todo en el medio rural) y de implantar una política de unidad religiosa. El hecho de que el Estado absolutista español conjugara estrechamente lo político y lo religioso explica que durante los siglos XVI y XVII, tanto la legislación penal como las instituciones encargadas de aplicarla (la Santa Hermandad y el Santo Oficio), estuvieran marcadas por un conjunto de principios teológicos que fueron asimilados en el derecho, aunque "los moralistas no hicieron ciencia penal ni jurisprudencia propiamente dicha". [16]

Entre los siglos XVI y XVIII, el núcleo de la legislación penal fue el Código medieval de las Siete Partidas. En la Séptima Partida se hacía referencia a los delitos, en cuya definición intervenía la noción de pecado.[17] Bartolomé Clavero señala que durante la época barroca las categorías de delito y pecado se encontraron, en efecto, estrechamente vinculadas. Entre una y otra no se estableció una diferenciación por su referencia a determinados valores u órdenes (religiosos o jurídicos). Tampoco existió diferencia por la naturaleza de los principios afec-

15 F. TOMÁS y VALIENTE, *op. cit.*, p. 44.

16 *Ibidem*, p. 89.

17 La Séptima Partida enumera los delitos de traición, celos o desafíos, infamia, falsedad, homicidio, difamación, violencia a las personas, robo, hurto, destrucción de cosas ajenas, fraude y estafa o engaño; adulterio, incesto, sacrilegio, estupro, sodomía y delitos de relapsos, herejes, suicidas, adivinos, truhanes y judíos, blasfemos y agoreros.

tados, en la medida en que el bien y el mal eran considerados valores únicos y universales. No obstante, existía la convicción de que "apartarse del bien es delito". mientras que "incurrir en el mal" es pecado. En palabras del autor, "tienden ciertamente a apreciarse de modo objetivo los delitos y subjetivo los pecados; se definían unos por resultado, por intención los otros", [18] En términos generales, la noción de pecado fue más importante que la de delito y prevaleció siempre sobre ésta.

Entre las características del sistema penal castellano que tuvo vigencia en España entre los siglos XVI y XVIII, Tomás y Valiente destaca la falta de imparcialidad del juez, la orientación del sistema de pruebas hacia la condena, la inferioridad procesal del reo, la reducción de las garantías procesales probatorias de la culpabilidad y el excesivo margen de arbitrio judicial.[19] A esto añade los siguientes elementos: la confusa y defectuosa estructuración de las instituciones de administración de justicia penal; que el fin de la ley penal fuera castigar al culpable, dar ejemplo atemorizando y provocar miedo colectivo; el que el proceso penal fuera inquisitivo, a la vez policiaco y judicial, y que de acuerdo con el título 30 de la Séptima Partida el tormento estuviera validado por sospechas; [20] en fin, el que tuviera vigencia un principio de desigualdad ante la ley de acuerdo con el cual el castigo se aplicaba en base a la clase o al estamento al que pertenecía el acusado.

Estudios recientes matizan esta interpretación de la justicia española del periodo absolutista, destacando que en forma paralela a la rigidez y la intransigencia del sistema penal vigente era común la práctica del perdón y la valoración de elementos que se inclinaban hacia la clemencia. En efecto, de acuerdo con

18 B. CLAVERO, "Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones", en *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Alianza Universidad, Madrid 1990, p.61.

19 TOMÁS y VALIENTE. *op. cit.*, 332.

20 Según J. M. CARBASSE, en todos los países europeos que asimilaron la influencia del derecho romano, la tortura estuvo presente. En Inglaterra, donde dicha influencia fue inexistente, la tortura no fue aplicada tan sistemáticamente como en Francia, Italia y España pero existieron también algunos mecanismos de coacción por medio de la fuerza física que se aplicaron fundamentalmente en los delitos políticos. Véase, J. M. CARBASE, *op. cit.*, p.303.

Antonio Manuel Hespanha, tanto en España como en Portugal, durante el Antiguo Régimen el recurso del perdón fue ejercido en forma sistemática por el rey, que en su imagen de vengador castigaba duramente pero que en su imagen de padre perdonaba siempre. [21]

Además del perdón, otro de los elementos que sugiere la existencia de un sistema de justicia orientado hacia la flexibilidad antes de la llegada del racionalismo ilustrado, también señalado por el mismo autor, es que en forma paralela a la justicia erudita o letrada se ejerció una justicia no-oficial cuyos mecanismos de control social emanaban de las estructuras políticas tradicionales que regían las antiguas comunidades locales. La justicia no-oficial estaba ligada a la esfera de los particulares y descansaba en principios tales que el acuerdo, el consentimiento, el compromiso, la costumbre y la tradición. Al reforzar la esfera de acción de los particulares a nivel local y regional, los mecanismos de la justicia no-oficial impusieron límites al poder real, pero favorecieron también la "hegemonía brutal" de las élites locales. A pesar de ello, en su libro *Vísperas del Leviatán*, Hespanha plantea que el hecho de que a partir de la formulación de la doctrina jurídica moderna el mundo de la justicia periférica o no-oficial fuera silenciado a favor de la influencia cada vez mas extendida del Estado, hizo desaparecer elementos valiosos que habían sido muy eficaces en la solución de conflictos que no requerían de la intervención de la justicia letrada.[22]

21 A. M. HESPANHA, "De la Iustitia a la Disciplina", en Sexo barroco y otras transgresiones premodernas, op. cit., p. 175-186.

22 Entre los elementos que caracterizaron el mundo jurídico-político no-oficial, Hespanha enumera los siguientes: 1. "Capacidad reducida de recurso a la coacción, por lo que las decisiones se apoyan fundamentalmente en el asentimiento de las partes. 2. Institucionalización en órganos poco especializados y no burocráticos (especialmente, no profesionales y no letrados); pero, por el contrario, reproductores de los equilibrios políticos profundos de la comunidad, por lo que están dotados de un gran prestigio social. 3. Flexibilidad procesal, tanto en la estilización del caso sub judice, como en la legitimidad para intervenir en la discusión. 4. Gran facilidad de acceso a la justicia. 5. Oralidad. 6. Normas indefinidas, particularizables, que permiten su modificación a lo largo de la discusión y un amplio margen de negociación. 7. Sentencias de tipo compromisorio o de mediación, en que ninguna de las partes es completamente sacrificada". A. M. HESPANHA, *Vísperas de Levitán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo, VII)*, Taurus, Barcelona 1989, p. 367.

En un trabajo posterior, el mismo autor señala que en lugar de los elementos característicos de la justicia no-oficial, considerados a partir de la época "estatalista ilustrada" como el producto de la "rusticidad" y de la ignorancia, el Estado liberal impuso nuevas estrategias que le permitirían ejercer de manera exclusiva el control social: "el Estado refuerza sus medios institucionales y logísticos. Crea, por ejemplo, la Intendencia de Policía... Redefine de una forma más económica el campo del delito. Ahora hay que punir menos casos... Hay que castigar menos casos, hay menos delitos para castigar mas sistemáticamente y de forma mas creíble, porque si se dice que se castiga todo, de hecho no se castiga nada. Hay que restringir el dominio del delito. Hay que redefinir en un sentido más inexorable la práctica punitiva. Entonces hay que aplicar penas mas blandas, penas menores para aplicarlas siempre"[23]

Recapitulando, a partir de la segunda mitad del siglo XVIII el sistema jurídico español fue objeto de una transformación encaminada a poner el aparato de justicia en manos del sistema político-administrativo central.[24] El proceso de estatalización en materia jurídica entrañó la desaparición paulatina de los mecanismos de la justicia no-oficial, y la constitución del orden judicial como una dimensión autónoma que quedaba fuera de la competencia directa del rey, que ya no podría intervenir directamente sobre cuestiones penales pues eran los tribunales los únicos que podían aplicar las leyes en los pleitos civiles y criminales. Ligado a lo anterior, vemos también reafirmarse una tendencia hacia la sistematización de las leyes penales y hacia un rompimiento del vínculo que había existido entre derecho y moral.[25]

23 A. M. HESPANHA, "De la Iustitia a la Disciplina", *op. cit.*, pp. 185-186.

24 A. M. HESPANHA destaca que el proceso de "estatalizacion" del sistema de justicia se acompañó de otras tendencias que han sido asociadas a la modernización de las sociedades tradicionales: el crecimiento demográfico, la urbanización y la apertura de los mercados económicos. A. M. HESPANHA, *Vísperas del Leviatán, op cit.*, p. 388.

25 En el origen de esta transformación se encuentran los juristas que estuvieron

b) *El sistema novohispano*

En materia penal, el mundo novohispano estuvo regido por un conjunto de normas legales, consuetudinarias y éticas integradas en los Códigos españoles modificados por Reales Cédulas y en los Decretos del Consejo de Indias. La Séptima Partida tuvo, como en España, especial importancia en la medida en que a partir de la promulgación de la Novísima Recopilación fueron derrojadas la mayor parte de las leyes españolas con excepción de las Partidas. José Luis Soberanes señala que el derecho y los órganos de la administración de justicia coloniales no fueron una copia de los españoles, pero sí un modelo.[26]

De acuerdo con Víctor Tau, uno de los factores que explica que el enfoque casuista cobrara particular importancia en el Nuevo Mundo es que los juristas de la época colonial identificaban una falta de adecuación entre la realidad indiana y el derecho castellano. En palabras de este autor, "la contraposición entre hecho indiano y ley peninsular constituía una preocupación constante para conquistadores, gobernantes, oidores, letrados, que se inclinaban en todos los casos por una preferente estimación y atención de las situaciones concretas...".[27] La tendencia a privilegiar lo fáctico por encima de la legalidad formal no fue un rasgo característico de la primera etapa de la colonización sino un elemento que marcó profundamente la evolución jurídica de los siglos XVII y XVIII.

El sistema de administración de justicia novohispano se distinguió, por otra parte, por su pluralidad normativa. A lo largo de la época colonial coexistieron un conjunto de jurisdicciones especiales que tenían orígenes diversos, y que obedecían a los requerimientos de una sociedad integrada por muy diver-

influídos por la corriente ilustrada, y en particular por Beccaria; entre ellos Lardizabal, Sempere y Guarinos, Meléndez Valdés. F. TOMÁS y VALIENTE, *La tortura en España. Estudios históricos*, Editorial Ariel, Barcelona 1973, pp. 141-145.

26 J. L. SOBERANES FERNÁNDEZ, "Tribunales ordinarios", en *Los tribunales de la Nueva España*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1980, p. 26.

27 V. TAU, *op. cit.*, p. 95.

sos grupos étnicos y jerarquías sociales.[28] Lo anterior era perfectamente compatible con una visión del derecho referida a las categorías de la variedad y de la mutación, más que a las categorías de lo estático y lo inmutable en materia de normas.

Otra de las características del sistema de justicia novohispano, que ha sido señalada por Colin MacLachlan en un estudio sobre el Tribunal de la Acordada a fines del siglo XVIII, es que desde los inicios de la época colonial hasta la época de los Borbones se estableció una estrecha relación entre lo político y lo judicial debido a la tendencia a hacer de la administración de justicia uno de los puntales del Estado absolutista.[29] Una de las consecuencias de este fenómeno fue la ineficacia del sistema de justicia novohispano que funcionó, "más para servir a los objetivos políticos de la Corona que para facilitar el ordenamiento de la sociedad".[30] Lo anterior era manifiesto tanto en los niveles superiores como inferiores del sistema de justicia. La Audiencia tuvo, en efecto, un desempeño mediocre como órgano supremo de justicia mientras que como institución política tuvo una actuación relevante. Por lo que toca a los niveles inferiores del sistema de justicia, MacLachlan señala que los corregidores, los alcaldes mayores y los jueces locales fungieron simultáneamente como oficiales políticos y judiciales, descuidando este ultimo aspecto para privilegiar el primero.[31]

Una de las consecuencias que se desprendieron del hecho de que la organización judicial fuera también un instrumento político es la tendencia generalizada hacia la corrupción que prevaleció en el seno del aparato judicial desde el inicio de la

28 Acerca de la diversidad social y racial que abarcaban las jurisdicciones especiales de la época colonial, José Luis Soberanes nos informa que, "junto a la situación de privilegio que tenían militares, eclesiásticos, mineros, comerciantes y universitarios, existían otras que implicaban una necesaria especialización, como era lo relativo al ejercicio de la medicina, los delitos contra la fe o en despoblado, así como la materia pecuaria y lo referente a los asuntos de los indios, a los cuales no se les podía someter a los tribunales ordinarios con sus leyes y complicados procedimientos". J. L. SOBERANES, *op. cit.*, pp. 9-10.

29 C. M. MACLACHLAN, *La justicia criminal en México. Un estudio sobre el Tribunal de la Acordada*, Sep Setentas 240, Secretaria de Educación Publica, México 1976.

30 *Ibidem*, pp. 44

31 *Ibidem*, pp. 38-39.

época colonial hasta el ascenso de los Borbones. En su estudio sobre las Audiencias hispanoamericanas, M. A. Burkholder y D. S. Chandler señalan que entre 1687 y 1750 la venta de los puestos de la Audiencia y la realización de actividades ilícitas por parte de los funcionarios letrados fueron fenómenos recurrentes.[32]

En este contexto, el desorden social aumentó durante los siglos XVII y XVIII debido al incremento de los grupos mixtos, a la llegada de aventureros españoles que junto con una parte considerable del grupo mestizo aumentó la población de vagabundos, finalmente a las crisis económicas. La hipótesis de MacLachlan es que la creación del Tribunal de la Acordada a principios del siglo XVIII fue una respuesta a la incapacidad del aparato judicial para controlar el desorden en un contexto de cambio social acelerado. Más que intervenir sobre el aparato judicial establecido y entrar en una confrontación con la Audiencia, el virrey Valero habría optado por añadir a los tribunales ya existentes (Inquisición, Canónicos, etc.) un organismo independiente creado bajo el modelo de la Santa Hermandad. Debido a que el Tribunal de la Acordada se ocuparía de arrestar y juzgar a los asaltantes de caminos, se le concibió como una organización que no estaría supeditada a las autoridades regulares, que tendría jurisdicción absoluta sobre cierto tipo de crímenes y plena autoridad para castigar a los que eran aprehendidos.[33] En opinión del mismo autor, el hecho de que el Tribunal de la Acordada no tuviera funciones políticas o administrativas sino estrictamente judiciales, "representó un importante avance hacia un concepto mas racional de la administración de la justicia, mas próximo al ideal moderno de un

32 En su estudio sobre la evolución de las Audiencias americanas durante la época colonial, Burkholder y Chandler establecieron una periodización que divide la historia de la organización judicial americana en dos grandes épocas. La primera se extendió entre 1521 a 1750 y estuvo marcada por una fuerte tendencia hacia la corrupción. La segunda abarcó el periodo entre 1750 y 1808 y se caracterizó por la imposición de un fuerte control del aparato judicial por parte de los Borbones. M. A. BURKHOLDER, D S. Chandler, *From Impotence to Authority. The Spanish and the American Audiencias*, 1687-1808, Universiry of Missouri Press, Columbia and London, 1997.

33 *Ibidem*, p. 55.

poder judicial separado y libre de obligaciones políticas y administrativas."[34]

La promulgación de la Constitución de Cádiz a principios del siglo XIX dio lugar a una serie de transformaciones en la estructura judicial de Nueva España basadas en el principio de separación de poderes, que favorecieron la constitución de la esfera judicial como un espacio autónomo. Varios factores contribuyeron a determinar esta autonomía. En primer lugar, con la desaparición del virrey la Audiencia se transformó en territorial, quedando al frente de ella un regente que era un funcionario judicial y no político. En segundo lugar, los tribunales dejaron de ejercer otras funciones que las de juzgar. Finalmente, los constituyentes de Cádiz crearon una rama judicial con un sencillo sistema de juzgados y un proceso de apelación en tres etapas con el propósito de simplificar el sistema de jurisdicciones múltiples y el sistema de apelaciones.[35]

En forma paralela a las transformaciones planteadas en la Constitución de Cádiz, algunos autores han advertido el desarrollo de un lento proceso de desvinculación entre los poderes político y religioso durante los siglos XVIII y XIX. Jaime Hernández Díaz señala en este sentido que desde fines del s. XVIII se había agudizado el conflicto entre la Iglesia y el Estado por el control del *ius pudendi* (facultad de castigar). Este conflicto se resolvió a favor del Estado, que consiguió separar a la Iglesia de asuntos penales relacionados con el adulterio, el amancebamiento, la embriaguez, la sodomía, la blasfemia, etc., y logro retirar al clero la inmunidad en delitos atroces y de lesa majestad.[36]

34 *Ibidem*, pp. 60-61.

35 L. ARNOLD, "La Audiencia de México durante la fase gaditana, 18I2-1815 y 1820-1821", *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, UNAM, México 1981.

36 J. HERNÁNDEZ DÍAZ, *Orden y desorden social en Michoacán: el Derecho Penal en la República Federal, 1824-1835*, Tesis para obtener el grado de doctor en Historia, El Colegio de Michoacán, Zamora, enero de 1995.

3. Transformaciones y continuidades a partir de la independencia

María del Refugio González ha señalado que la ruptura con España no significó un parteaguas a partir del cual se impuso súbitamente un nuevo orden jurídico. Para esta autora, la desintegración del orden jurídico colonial fue un proceso que se había iniciado antes de la independencia debido a la necesidad de hacer coincidir el derecho novohispano con las ideas de un numeroso grupo de mexicanos que a lo largo del s. XVIII había tenido ocasión de dictar leyes y de ejecutarlas, y que terminó a lo largo del siglo XIX. Desde esta perspectiva, González advierte que la Independencia pudo haber interrumpido un proceso de modernización del que quizá ella misma fue producto. Supone también que es más que probable que el constitucionalismo y la codificación hubieran tenido lugar sin la independencia porque la propia España se encontraba inmersa en ellos.[37]

Desde esta misma perspectiva, Bernardino Bravo Lira destaca que desde mediados del siglo XVIII hasta más de la primera mitad del XIX en la literatura jurídica hispanoamericana es posible identificar el desarrollo de tres grandes corrientes que atraviesan el periodo de la independencia, estableciendo una continuidad entre la época colonial y nacional. En primer lugar, la corriente del derecho patrio o nacional. En segundo lugar, la corriente de la formulación práctica del derecho, dentro de la cual quedaron encuadradas obras escritas en España durante la época colonial como El Febrero Novísimo de Eugenio Tapia, que fue reeditada innumerables veces durante la época nacional (la última por Manuel Dublán y Luis Méndez en 1870). En tercer lugar, la corriente representada por la labor recopiladora o codificadora de la legislación.[38]

37 M. del R. González, "El derecho de transición", en *El Derecho civil en México, 1821-1871 (Apuntes para su estudio)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1988, pp. 116-117.

38 B. Bravo Lira, *Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1989, p. 344.

Entre 1821 y 1871 tuvo lugar un complejo proceso de desintegración del antiguo orden jurídico en el que México se rigió por el llamado "derecho de transición". Este estuvo integrado por la legislación novohispana y los decretos de diferentes congresos, nacionales y estatales que fueron promulgados. Bajo el imperio del "derecho de transición" tuvo lugar el proceso de creación de nuevas instituciones encargadas de la administración de justicia. En relación a este proceso, la historiadora estadunidense Linda Arnold ha identificado una serie de fenómenos que marcaron el desarrollo del sistema de justicia durante el periodo nacional. El primero de ellos es que los grupos que estuvieron en el poder durante los dos primeros tercios del siglo XIX no buscaron fortalecer la organización judicial a nivel federal debido a que no querían un gobierno basado en la tradición de la jurisprudencia. Para Arnold, la debilidad de la organización judicial federal fue una de las razones que explican la intervención marginal del poder judicial en los conflictos que existieron entre el Congreso federal, el Ejecutivo y los congresos estatales, y el que sus decisiones fueran sistemáticamente impugnadas por estos últimos.[39] El segundo de ellos es la escasez de funcionarios judiciales menores (alcaldes ordinarios) para integrar un sistema de juzgados en toda la república; este problema remite también a la dificultad de profesionalizar a los jueces, que en los niveles inferiores del sistema de justicia novohispano habían sido legos y no letrados. El tercer fenómeno mencionado por Arnold es la concentración del gremio de abogados en México y Guadalajara, y su rechazo a ocupar puestos en zonas apartadas del centro.[40]

A esto hay que añadir los efectos negativos de la abolición de las jurisdicciones especiales y la tendencia hacia la "individualización" jurídica de los actores colectivos, en ausencia de una de una legislación civil y penal moderna. En relación a esta cuestión, algunos autores han señalado que si bien la de-

39 L Arnold, "La administración, la adjudicación y la política en la Política Judicial en México, 1825 a 1835", *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, pp.60-61.

40 *Ibidem*, p. 62.

desaparición de las jurisdicciones especiales era necesaria para comenzar a uniformizar el sistema de justicia, esta medida perjudicó a los actores colectivos como las comunidades indígenas —que quedaron desprotegidas dentro de un sistema organizado a partir de categorías jurídicas individualistas que borraban las diferencias concretas que seguían dividiendo a la sociedad después de la independencia.[41]

A pesar de todas las cuestiones arriba mencionadas, durante las primeras décadas del siglo diecinueve comenzaron a operarse transformaciones importantes en las prácticas del sistema de justicia. María del Refugio González ha identificado cambios en la manera de concebir la ley, en el papel que desempeñaron los funcionarios judiciales y en el criterio utilizado por los jueces pare emitir sentencias.[42] A esto añade el desarrollo de un proceso de "profesionalizacion" de la justicia que puede ser apreciado en la sustitución de los jueces legos y de los "hombres buenos" por un cuerpo eficaz de funcionarios judiciales que se apegaban mas estrechamente al texto de la ley.[43] En relación al caso de Michoacán, Jaime Hernández Díaz nos informa que hacia 1825 era clara la aparición de nuevas instituciones y prácticas jurídicas (fundamentación de la sentencia, consolidación de la participación del asesor letrado en diversas etapas del proceso, intervención del abogado defensor de oficio) que coexistieron con prácticas e instituciones que se conservaron del Antiguo Régimen.[44]

La revisión de algunos expedientes de juicios penales de la primera mitad del siglo XIX que han sido conservados en el Archivo Histórico del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, nos permite hacer algunas observaciones generales acerca de los cambios en la manera de percibir los delitos mismos. En los años que siguieron a la independencia siguieron entablándose juicios por hermafrodismo y sodomía, homologándolos a los de incesto, estupro y rapto. No obstante, se delínea una tendencia a castigarlos con menor dureza ya que, como lo señalaba un juez de primera instancia en 1843, a partir de la independencia "el rigor de las Leyes de Partida se ha suavizado principalmente en los delitos de incontinencia".[45] Por otra parte, todavía no desaparece el enfoque casuista que buscaba determinar las circunstancias que rodeaban cada caso, indagando si el crimen había sido cometido estando el acusado en uso pleno de la facultad de pensar y entender, ya sea por su ignorancia o falta de educación[46] o por la pérdida de conciencia en caso de locura o embriaguez.[47]

Por lo que toca a la visión que los juristas y los abogados de la primera mitad del siglo XIX tuvieron de la transformación que estaban viviendo, cabe mencionar que el cambio del régimen colonial al republicano fue percibido como una profunda crisis que se caracterizó por la desarticulación de las antiguas instituciones de justicia y por la dificultad de reemplazarlas por nuevas. Al hablar de estas dificultades, los especialistas en la materia hicieron referencia a la escasez de funcionarios calificados en los juzgados de primera instancia, a los bajos sueldos de los jueces y a la burocratizacion del aparato de justicia debido a la existencia de innumerables trámites.

41 A. LIRA, *Comunidades indígenas frente a la ciudad de México. Tenothtitlán y. Tlatelolco, sus pueblos y barrios, 1812-1919*, El Colegio de México, El Colegio de Michoacán, CONACYT, México 1983.

42 M. R. GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 120

43 *Ibidem*, p. 125.

44 J. HERNÁNDEZ DÍAZ, *op. cit.*, p. 282.

45 "Causa contra V. Agustín Rojas por connato eficaz de sodomía", 1843, *Archivo Histórico del Tribunal Superior de Justicia del D.F.*, Legajo Penal no. 12, exp. 52.

46 En 1832, Luis Islas confesaba haber cometido el delito de incesto, "por mi fragilidad e ignorancia pues es muy corta la educación que recibimos los hombres de escasa fortuna". "Juicio a Luis Islas e Ilaria Ramírez por incontinencia incestuosa", noviembre de 1832, *Ibidem*, Legajo Penal no. 12, exp. 33.

47 En 1826, el abogado defensor de un acusado de sodomía señalaba que, "es cierto que cometió aquel delito, pero también lo es indudablemente que fue a la vez en que se hallaba perturbado con la ebriedad. Si la razón, único freno del hombre, es la que lo guía y (rechaza) de ciertos actos, cuando aquella se enerva y embota por aquella causa, queda del todo abandonado a sus pasiones, sin arbitrio ni fuerza para resistirlas y expuesto a caer de precipicio en precipicio; y como que le falta por lo mismo el conocimiento claro, y expreso de sus yerros, y la voluntad deliberada de cometerlos, es acreedor a la mayor indulgencia en ellos porque también le falta aquella intención dolosa que forma la esencia de los delitos". "Juicio contra Policarpo Flores y Basilia Bonilla por sodomía", 1826, *Ibidem*, Legajo Penal no. 12, exp. 46.

En 1850, las *Variedades de Jurisprudencia* reprodujeron unas observaciones acerca del estado del sistema de justicia a partir de la independencia que sintetizan la manera en que los hombres de la época percibieron la transición: "destruidas desde nuestra feliz emancipación las costumbres y usos, autorizados muchos de ellos por expresas disposiciones legales, que formaban la práctica de los tribunales en tiempos del sistema colonial, reemplazadas por disposiciones parciales, que siguiendo todas las fases de nuestros cambios políticos no han podido formar un sistema; y franqueadas las puertas del foro a personas que no han estado preparadas con los conocimientos científicos necesarios, la administración de justicia ha venido a ser un caos, un laberinto de fórmulas en el que, en lo civil peligran todos los derechos complicándose las acciones y las defensas; y en lo criminal se pierden en tan intrincada maraña la inocencia y el crimen, sin que el magistrado pueda muchas veces descubrir donde se encuentran ni la una ni el otro...".[48] Una de las recomendaciones propuestas en este documento era que para pagar los sueldos de los funcionarios judiciales fuera creado un fondo especial que no dependiera del erario público ni estuviera sujeto a los "vaivenes políticos". La estabilidad que esto daría al sistema de justicia permitiría luchar contra la corrupción y exigir mayores responsabilidades a los "magistrados, jueces o subalternos, que estando bien pagados prevaricasen por cohecho o soborno de una manera escandalosa, restableciéndose en su vigor y fuerza las prevenciones legales sobre este punto, que desgraciadamente han caído en desuso".[49] Finalmente, el documento destacaba la urgencia de contar con códigos modernos en los que una multitud de disposiciones heterogéneas fueran uniformizadas; que anulara los castigos crueles que seguían siendo aplicados; que diferenciara las penas para que en los delitos graves la pena de muerte no fuera sistemáticamente aplicada y para que los acusados

48 "Observaciones del Supremo Tribunal de Guerra y Marina sobre reformas de la administración de justicia", Diciembre de 1850, en *Variedades de Jurisprudencia*, tomo I, *op cit.*, p.212.

49 *Ibidem*, p. 213.

de delitos menores no fueran siempre puestos en libertad; en fin, que disminuyera el margen de interpretación del juez a fin de que las sentencias se apegaran exclusivamente al texto de la ley.[50]

Destacando la importancia de la codificación, en un artículo publicado en el periódico jurídico *El Derecho*, el abogado Luis Méndez advertía que de la expedición de una legislación moderna dependía "la estabilidad de los gobiernos y la paz pública", pues "es ciertamente un cruel sarcasmo hacinar en las constituciones las más amplias garantías y sostener que con ello un pueblo es libre, cuando su honor, su vida y su propiedad quedan gobernadas o por la legislación draconiana de los siglos medios, o por el poder discrecional y arbitrario de sus jueces".[51]. Pocos meses después, *El Derecho* publicó un excelente artículo de Manuel Dublán que retomaba la argumentación de Méndez en el sentido de que los principios constitucionales son una abstracción sin que exista un nuevo Código penal: "Es preciso convencerse, el respeto a las garantías, el pleno goce del derecho individual, más que de la forma política, dependen de una buena legislación criminal. ¿De qué sirve, en efecto, que se haya declarado la inviolabilidad de la vida, del domicilio y de la propiedad; de qué, que se proclame la libertad de la persona, de la industria, del trabajo o de la conciencia, si no hay leyes secundarias para hacer efectiva esas garantías?, ¿qué importa que la ley fundamental consigne las mas seductoras y humanitarias declaraciones de derechos, si la legislación privada no proporciona los medios necesarios para reprimir prontamente las violaciones? Querer realizar los grandes principios del liberalismo en favor de la humanidad, por los medios de la antigua legislación española, de la legislación de la monarquía absoluta que descansa en otras diversas ideas, es querer conciliar cosas naturalmente opuestas, querer insertar una planta

50 *Ibidem*, pp. 214-215.

51 L. MÉNDEZ, *El Derecho. Periódico de jurisprudencia y legislación*, tomo I, num. 1, agosto de 1868. Tip. del Comercio de N. Chavez, a cargo de J. Moreno, p. 4

nueva y lozana en un carcomido tronco por el que ya no circula savia alguna".[52]

A partir de la promulgación del Código Penal de 1871 se impuso una definición uniforme de los delitos en todo el país, aún cuando en cada estado variaban los castigos impuestos a la misma infracción. Asimismo se estableció un sistema de agravantes y atenuantes que permitió graduar las penas. A pesar de ello y de los adelantos que indudablemente se realizaron en materia de atentados contra las garantías individuales, recientemente se ha especulado acerca del sentido de la transición hacia un sistema de justicia moderno en México. En efecto, si bien los cambios que se iniciaron a partir de la independencia y que culminaron con la codificación dotaron al individuo-ciudadano de un conjunto de derechos cuya privación comenzó a ser considerada un atropello desde el punto de vista legal, es posible interrogarse si en materia penal el giro hacia el racionalismo y el liberalismo extendió y humanizó el ejercicio de la justicia o si sólo logró que la ley fuera aplicada de manera más sistemática. En las siguientes páginas retomaremos algunos casos extraídos de la jurisprudencia de los dos primeros tercios del siglo XIX para examinar esta cuestión a la luz de la formación de un nuevo sujeto del derecho penal en México independiente.

4. La jurisprudencia

La transformación de las ideas penales que tuvo lugar en España y en Nueva España a lo largo del siglo XVIII y que culminó en el XIX está relacionada, sin coincidir plenamente, con las grandes líneas del movimiento renovador que cobró fuerza en Alemania, Inglaterra y Francia a partir del siglo XVIII. El examen de la jurisprudencia del periodo 1821-1871 permite identificar indicios del surgimiento de una nueva con-

52 M. Dublán, "Legislación criminal. Necesidad de nuevos códigos. Apuntes históricos sobre la codificación criminal en México", *El Derecho*, tomo I, num.17, sábado 19 de diciembre de 1868, *op. cit.*, p. 270.

cepción del individuo-delincuente en un contexto marcado por la tradición anterior.

El primero de estos indicios es que si bien la antigua legislación española y novohispana (en particular las Partidas) siguió teniendo vigencia hasta 1871, en los procesos recogidos por la jurisprudencia, los abogados defensores hacen menciones frecuentes de los autores jurídicos modernos. Su argumentación aparece, en efecto, apoyada en las obras de autores franceses, ingleses e italianos como Beccaria, Bentham, d'Aguesseau y Filangieri; así como en las obras de autores españoles como Manuel de Lardizábal[53] y Joaquin Francisco Pacheco.[54] Un segundo indicio es que a pesar de que en la mayor parte de los juicios siguieron estando presentes consideraciones generales acerca de la moral y de la ética, los delitos que más comenzaron a inquietar no eran los que transgredían principios morales o religiosos sino los que atentaban contra la estabilidad política. Como lo señala Antonio Ibarra en un estudio sobre el aumento de la represión judicial frente a los delitos relacionados con la seguridad política en los primeros años del siglo XIX, antes y después de la insurrección de independencia se persiguieron sobre todo las sediciones y los intentos de desestabilizacion, y esto estuvo estrechamente vinculado a una nueva percepción acerca de la vida privada de los individuos.[55]

53 M. de Lardizábal, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, prol. de J. Piña y Palacios, Porrúa, México 1982.

54 J. F. Pacheco, *Estudios de derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, Imprenta de M. Tello, Madrid 1868.

55 Este autor nos informa que en septiembre de 1809, el arzobispo-virrey Francisco Lizana y Beaumont creo la Junta de Seguridad y Buen Orden para perseguir los delitos políticos: "La Junta, hasta antes de septiembre de 1810, estuvo dirigida a la persecución de delitos de palabra, sospechas de afrancesamiento, posibles conexiones sediciosas e intentos de desestabilizacion. Después del estallido de la revolución de Hidalgo, sus funciones se ampliaron y se dirigieron contra toda actitud favorable a la rebelión, ya fuera directa o indirecta. Sus actividades de inteligencia política ampliaron su espectro de intervención, actuando contra todo acto de rebeldía al poder. Sus acciones de persecución transformaron los conceptos sociales de obediencia y de disidencia: el primero se convirtió en un valor de interlocución con el poder, mientras que el segundo se amplió a todo tipo de relajamiento que pudiera interpretarse como político". A. Ibarra, "De los delitos políticos y la vida privada: los infidentes novohispanos, 1809-1815. (Escenas cotidianas de obediencia y disidencia)", *Anuario de Estudios Americanos, LII*2, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Sevilla 1995, p. 102.

En las siguientes páginas analizaremos los argumentos utilizados por jueces y abogados defensores durante juicios de primera o de segunda instancias anteriores a 1871. A través de ellos, trataremos de mostrar que la concepción moderna del sujeto criminal estuvo vinculada a la consideración de una realidad económica y social (pobreza y falta de educación) que orillaba a un individuo a infringir la ley, y a la consideración de una realidad interna al sujeto (pasiones y sentimientos) que determinaba el comportamiento desviado. A través de estas consideraciones comienza a aparecer la visión de un individuo-delincuente que no era intrínsecamente perverso y cuya conducta debía ser ubicada frente a un conjunto de normas jurídicas establecidas. Junto con ello se anuncia el peligro de hacer del nuevo sujeto del derecho penal un individuo abstracto desposeído de referencia de clase o de raza que determinaran en forma concreta su lugar en la sociedad.

En 1860 apareció en la Gaceta de los Tribunales de la República Mexicana una reflexión acerca de la naturaleza de los actos del sujeto criminal, que resume el sentido de las argumentaciones de los abogados defensores que examinaremos en las siguientes paginas Los juristas de los dos primeros tercios del siglo XIX se apoyaban en la antigua convicción de que había que examinar con detenimiento las circunstancias que rodeaban un caso porque esta era la única manera de conocer la verdad de los *hechos*. Estos hechos no aparecían siempre con claridad, y debían ser desentrañados por "un ministro fiel y avisado que los desnuda, que les arranca la máscara, a fin de presentarlos según su verdadera naturaleza, ni más ni menos de lo que en sí son".[56] Desde esta perspectiva, el sentido del trabajo del juez y del abogado era establecer una relación entre los actos de un individuo y las normas jurídicas, en un contexto en el que se privilegiaba la interpretación de la criminalidad como una fractura o paréntesis dentro de la condición normal del individuo.

56 *Gaceta de los Tribunales de 1a República Mexicana*, dirigida por el Licenciado Luis Méndez. Tomo I, num. 5, 4 de febrero de 1860. Isidoro Devaux editor, p. 72.

Un artículo que apareció en la *Gaceta de los Tribunales de la República Mexicana* en 1860 sintetizó los elementos más importantes de esta concepción de la criminalidad como fractura, extravío o desliz de la razón: "Hay delitos que se cometen sin premeditación y que más son señales de la debilidad que acompaña a nuestra especie, que indicios de verdadera perversidad. Imagínanse y ejecútanse en un momento de vértigo sin dar a la reflexión tiempo suficiente para detenerse sobre la marcha que dejan tales acciones ni sobre el castigo que les amenaza. No podemos explicarnos de otra manera esos cambios completos que se operan en algunos hombres que sin haber incurrido, durante todos los años de su vida en faltas siquiera, un solo momento les basta para cometer crímenes. Pero decimos mal, no son cambios los que se verifican en semejantes hombres, más bien podríamos llamarlos deslices o extravíos que separándolos por un instante del buen camino, su propia índole, pasado el frenesí, los hace volver a él, y son los primeros en fulminar el anatema contra sus excesos. La ligereza y la ceguedad antes de cometer el crimen; el arrepentimiento y las lagrimas después de consumarlo".[57].

En el discurso penal del periodo 1821-1871, he identificado dos de las condiciones que fueron asociadas al desencadenamiento de los "deslices o extravíos" que provocaban el comportamiento criminal. La primera es una condición externa al sujeto, derivada de la pobreza y de la falta de educación. La segunda es una condición interna al sujeto, derivada de la locura o del desencadenamiento de pasiones violentas como los celos. Ambas remiten a una primera formulación de la noción de individuo en el ámbito de las concepciones acerca de la criminalidad.

a) La influencia de la pobreza y de la falta de educación en las clases desfavorecidas

57 *Gaceta de los Tribunales de la República Mexicana*, *op. cit.*, tomo I, num.7, 18 de febrero de 1860, p. 106

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

A partir de la segunda mitad del siglo XVIII, tanto en España como en sus colonias americanas, comenzó a operarse un cambio en la manera de percibir la pobreza, así como en la definición de los medios para combatirla. En términos generales existió una tendencia hacia la secularización de las obras de caridad que hasta entonces habían estado en manos de la Iglesia para sustituirlas por la asistencia publica que quedó a cargo del Estado. Estos cambios fueron producto de la influencia ilustrada, y coincidieron con un fuerte incremento de la desocupación y del desorden social.

En relación a esta cuestión, Antonio Padilla Arroyo ha señalado que después de la independencia aumentó la población desocupada y se recrudeció la pobreza debido a que la descomposición de los gremios y la escasez de las manufacturas generaron un número creciente de artesanos desempleados y de pequeños comerciantes arruinados. En el medio rural, la guerra y la crisis de la economía agrícola desarraigaron a una masa considerable de peones y de campesinos. A lo largo del siglo XIX, el fenómeno de la pobreza fue vinculado a la conducta criminal y animó la reflexión en torno a la necesidad de crear nuevos mecanismos de control social.[58]

En efecto, la crisis generalizada en los años que siguieron a la guerra de independencia tuvo repercusiones concretas e indicios visibles —la vagancia, la mendicidad, el bandidaje—, cuyo control requirió de la expedición de nuevas disposiciones legales y de la institución de nuevos organismos como los Tribunales de Vagos en la Federación Mexicana creados en 1828.[59] En este contexto, las disposiciones y las prácticas judi-

58 A PADILLA ARROYO, *Criminalidad, cárceles y sistema penitenciario en México, l876-l910*. Tesis para optar por el grado de Doctor en Historia, El Colegio de México, 1995. pp.476; véase también, "De criminales a ciudadanos: la educación penitenciaria mexicana en el siglo XIX", *Convergencia*, año 3, No.8-9, Universidad Autónoma del Estado de México, Marzo-Septiembre de 1995, pp. 11-52.

59 De acuerdo con Silvia M. Arrom antes de la creación del Tribunal de Vagos en 1828, la administración colonial había hecho intentos significativos para luchar contra la vagancia en 1745 y en 1774. S. M. Arrom, "Vagos y mendigos en la legislación mexicana, 1745-1845", *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, tomo I, UNAM. México 1988, pp.71-87.

ciales del Antiguo Régimen fueron adaptadas a las nuevas exigencias sociales y políticas.[60] En la jurisprudencia de la primera parte del siglo XIX es posible identificar observaciones recurrentes acerca de la pobreza y acerca de la manera en que ésta influyó sobre la criminalidad de ciertos grupos. La recopilación *Variedades de Jurisprudencia* presenta varios casos en los que se desarrolla la argumentación en torno a esta cuestión.

En 1837, el abogado defensor de una acusada de parricidio señalaba que en el desarrollo del juicio se había formado "alguna opinión contra la acusada, figurando principalmente entre sus desafectos, aquellos que se resienten de que en su clase sea donde mas delitos se encuentran".[61]. Citando a Beccaria. Bentham, Filangieri y d'Aguesseau[62], el defensor señalaba que había que evitar que estos prejuicios interfirieran en la valoración del caso, y que en la sentencia sólo se considerasen las pruebas, los indicios y los hechos concretos que revelaran el grado de responsabilidad de la acusada.

En otro caso que data de 1850, el abogado defensor de un acusado de homicidio establecía una relación entre criminalidad e indigencia, en el sentido de que el endurecimiento de las leyes no solucionaría el aumento de la delincuencia. Su argumentación giraba en torno a la idea de que, "más bien que hacer leyes sanguinarias, cuidad de proporcionar a los súbditos que carecen de renta o propiedad, un trabajo útil que les suministre el sustento: averiguad las causas que producen la miseria, y aplicadles las precauciones y remedios convenientes. Es inútil combatir la indigencia social con el temor de la pena: el indigente cometerá todos los delitos, por los cuales pueda satisfacer sus necesidades; porque ¿qué pena puede haber mayor ni

60 Jaime HERNÁDEZ DÍAZ señala que en el texto constitucional michoacano de 1825 los principios de la legislación novohispana fueron adaptados a las exigencias liberales y humanistas de la época republicana, y que en este derecho penal de transición es claro el propósito de diseñar un nuevo sistema de control social. J. Hernandez Díaz, *op. cit.*, p.

61 "Alegato que el Lic. José F. Ramírez presento a la Exma. Sala de vista de este Departamento, en defensa de Doña Nepomucena Alcalde, acusada de parricidio" (1837), *Variedades de Jurisprudencia*, tomo II, *op. cit.*, pp. 620-621

62 *Ibidem*, pp. 653-655.

más próxima, ni más cierta que el morir de hambre".[63] Este razonamiento no suponía desconocer las taras morales con que la pobreza había marcado a ciertos grupos sociales, considerados por las clases acomodadas como inferiores desde todos los puntos de vista.

En efecto, las ideas acerca de la desigualdad que fueron comunes durante la primera mitad del siglo XIX se reflejaron no sólo en las restricciones que los estratos superiores impusieron al derecho de ciudadanía y a la participación política de las clases mas desfavorecidas, sino también en la orientación de la nueva reflexión en torno a la criminalidad. Lo anterior puede apreciarse en la argumentación que rodea un caso de estupro reproducido por las *Variedades de Jurisprudencia* a mediados del siglo XIX. A fin de atenuar la pena que se impondría al acusado, el abogado defensor argumentaba que éste pertenecía a "esa última clase de la sociedad que vive condenada al abandono físico y moral, a esa clase que vegeta en la ignorancia y en el crimen, a esa clase de quien nadie se cuida y de la que dijo el estadista Abad y Queipo, que sólo por medio del castigo se le hace conocer la existencia y sentir la acción de la autoridad publica".[64] Desde esta perspectiva, el abogado sostenía que el medio social del que provenía el acusado no había propiciado que éste pudiera tener plena conciencia del delito que cometía, pues los más sencillos principios del "orden moral" no podían arraigar en los "espíritus incultos". En el desarrollo de su argumentación, el abogado hacía referencia al texto de las *Siete Partidas* para señalar que, "no son igualmente claras para todos los hombres las nociones de la ley natural, ni una misma la responsabilidad por su infracción, y ambas cosas están relacionadas con el grado de cultura del espíritu".[65]

Siguiendo la tradición novohispana, sostenía que tratándose de un mismo delito el grado de culpa podía variar de acuerdo

63 J. G. COBARRUBIAS, "Defensa de J. M. Aviles acusado de homicidio..." (1850) *Variedades de Jurisprudencia*, tomo II. *op. cit.*, p.228.

64 "Defensa que el Lic. D. Manuel G. Aguirre hizo por Candelario Alva, acusado del crimen de estupro prematuro", *Variedades de Jurisprudencia*, tomo VII, *op. cit.*, 1853, pp. 333-334.

65 *Ibidem*, p. 335

a las circunstancias que rodeaban el caso, y recomendaba a los jueces tomar en consideración "que una misma acción en cuanto al resultado es infinitamente variable en cuanto al principio que la ha producido;... que hay causas que agravan el crimen, otras que lo atenúan, y otras que lo destruyen del todo;... que la apreciación genérica de esas circunstancias es propia de la ley, pero que la individual sólo pueden hacerla los jueces y la deben hacer..., que un hecho mismo está sujeto a muy diversas penas, según el grado de malicia de los ejecutores".[66]

Lo anterior apunta hacia la relativización de la posición del sujeto criminal cuyo grado de culpabilidad podía ser atenuada por las circunstancias que rodeaban la perpetración del delito.

Al final de su intervención, el abogado en cuestión proponía una representación de la estructura de las sociedades urbanas de la época en la que es manifiesto el vínculo entre criminalidad y pobreza. Las grandes capitales urbanas, nos indica, "son círculos de centro luminoso y de circunferencia profundamente obscura; en aquel donde se mueven y respiran las clases acomodadas, hay, aunque hasta cierto límite, civilización y costumbres; pero en la circunferencia, es decir, donde vive y se mueve la plebe no hay más que barbarie y la de peor naturaleza, porque es aquella en que se asocia a la estúpida ignorancia toda la depravación de los tiempos de cultura en su refinamiento".[67]

Con ello, el defensor trataba de probar que el acusado no era totalmente responsable del crimen que le era imputado porque "pertenece a lo más abyecto de la plebe de México... no le tocó la suerte de vivir, pensar y sentir, como se vive, se piensa y se siente en el centro luminoso, sino como se vive, se piensa y se siente en la circunferencia obscura."[68]

En algunos juicios se cuestionó que la inclinación hacia la criminalidad fuera el resultado directo de la condición social o racial. En un caso que data de 1848, también reproducido en las Variedades de Jurisprudencia, apareció una defensa de los

66 *Ibidem*, pp. 332-3.

67 *Ibidem*, p.336.

68 *Ibidem*, p.336.

derechos territoriales de una comunidad acusada de haber infringido la ley. El abogado de los miembros de la comunidad argumentaba que se les acusaba de criminales por el hecho de ser indígenas, en vez de considerar su reclamo como una defensa legítima de sus propiedades: "¿Cuál fue, por fin, el delito de estos infelices? ¿Por qué los persiguen los hombres acomodados, de educación y de valía en nuestra sociedad? ¿Por qué los jueces asocian su vigorosa acción, y procesan y encauzan a estos desgraciados? ...Digámoslo de una vez; porque esto es lo que he visto en el proceso y esto es lo que espero que vean los tribunales ahora que les llamo la atención para que conmigo adviertan con doloroso asombro, que todo el delito de estos miserables es...; ¡ser indios! y todo su crimen, el no consentir en el despojo que sus insignificantes propiedades. No hay remedio: infeliz del débil sobre el que recaen las codiciosas miras del poderoso!..."[69]

En este contexto, es importante señalar que las reflexiones en torno a la condición social de los acusados no siempre entrañaron una atenuación de los castigos. En efecto, hay que tomar en consideración que en las prácticas del sistema de justicia de los dos primeros tercios del siglo XIX estuvieron presentes no sólo la influencia casuista tendiente a ponderar las circunstancias que rodeaban cada caso, sino que también sobrevivieron resabios de tradiciones como la de exponer el cuerpo o partes del cuerpo de los suplicados para escarmiento de la población. En las *Variedades de Jurisprudencia* aparece, por ejemplo, un juicio fechado en 1849, cuya sentencia fue formulada en los siguientes términos: "...se condenó a D. Ramón Otero a la pena ordinaria del útimo suplicio, con solo la modificación de que no se ejecute en la calle de la Merced, sino en la plaza principal, y que después de ejecutada se le ampute al

69 "Contestacion a la acusación que formalizó el Lic. D. Manuel Mancilla...contra los indígenas del pueblo de San Juan Evangelista, por imputarles el delito de fuerza y resistencia a la justicia, por el Sr. Lic. D. Antonio Escoto, defensor de los mismos indígenas", Guadalajara, 17 de agosto de 1848, en *Variedades de Jurisprudencia*, Tomo IX, 1855, p.119.

cadáver la mano derecha y se le fije en una escarpia en lo más alto de la casa donde se perpetró el delito".[70]

Recapitulando, en un contexto histórico en el que comienzan a ser cada vez más intensos los "reclamos de una codificación abarcadora",[71] los jueces y los abogados de los dos primeros tercios del siglo XIX siguieron insistiendo en la necesidad de determinar las "circunstancias" que rodeaban cada caso. Esta antigua tendencia se conjugó con los cambios que se produjeron en la manera de concebir al acusado y en la definición de los delitos mismos. En efecto, el acusado comenzó a ser considerado como un ser que no era intrínsecamente perverso cuya conducta debía ser evaluada en relación a un conjunto de normas jurídicas; y los delitos, como el producto de la influencia de una realidad social y económica. Además de tomar en consideración la condición social y económica del acusado, en la nueva manera de impartir justicia se evaluó también la "interioridad" de los delincuentes desde una perspectiva inédita que examinaremos en las siguientes páginas.

b) Emociones y pasiones: una nueva visión del sujeto criminal

Al mismo tiempo que la categoría de individuo comenzó a influir en la definición de un agente racional en lo político y en lo económico, el proceso de constitución del imaginario individualista amalgamó elementos "no-racionales" vinculados a la definición de una dimensión interna del nuevo sujeto político. Entre los elementos que conformaron la cultura de la modernidad a partir de los siglos XVII y XVIII en Inglaterra y Francia, el filósofo canadiense Charles Taylor ha identificado el nuevo sentido que se le dio a las actividades comerciales (el "doux

70 "Acusa que el ministro fiscal de la Suprema Corte de Justicia hace contra D. Ramón Otero y Doña Loreto Tenorio, por el fratricidio perpetrado en la persona de D. José Otero, hermano de D. Ramón", diciembre de 1849, *Variedades de Jurisprudencia*, tomo II, *op. cit.*, p. 88.

71 V. Tau, *op. cit.*, p. 167.

commerce")[72]; el surgimiento de la novela; los cambios en la manera de percibir el matrimonio y la familia; finalmente la importancia del sentimiento, entendido como el conjunto de fuerzas internas que hacían del hombre un ser autónomo atravesado por pasiones que lo individualizaban. De acuerdo con Charles Taylor, la "consagración moral del sentimiento", que en Francia y en Inglaterra tuvo lugar hacia fines del siglo XVIII, contribuyó a modelar el imaginario individualista a partir de la definición de los nuevos atributos del hombre moderno en sociedad: la autonomía, la capacidad de introspección o el auto-análisis, el compromiso personal, la expresión de lo afectivo. El mismo autor señala que en la última parte del siglo XVIII se operó también un cambio en la orientación de la sensibilidad hacia la exaltación de la melancolía (concepción del amor como sufrimiento) y hacia la admiración por la naturaleza.[73]

La idea de que el individuo poseía una "interioridad" —que no remitía necesariamente a una espiritualidad de tipo religioso—, cuyas manifestaciones más importantes eran los sentimientos, las emociones y las pasiones, repercutió sobre la concepción del sujeto criminal que se desarrolló en México a lo largo del siglo XIX. El historiador estadunidense William B. Taylor ha señalado que durante la época colonial en los juicios a homicidas indígenas era frecuente hacer alusión a la influencia de pasiones desencadenadas por la provocación (fundamentalmente, el insulto y los celos) como causa atenuante de la responsabilidad en un delito. Sin mencionar explícitamente al casuismo que marcó las prácticas jurídicas novohispanas, Taylor contrasta esta característica de la justicia colonial con las

72 Albert O. HIRSHMANN mostró que el universo de las pasiones no estuvo ausente universo pre-capitalista. Su análisis de la historia de las ideas políticas y económicas de los siglos XVI y XVII puso de manifiesto una preocupación en los primeros pensadores económicos por imponer límites a las pasiones mediante el arraigo de intereses materiales. De ahí la importancia de la reflexión en torno a los beneficios del "doux commerce".A. O. Hirshman, *Las pasiones y los intereses. Argumentos políticos en favor del capitalismo antes de su triunfo*, Fondo de Cultura Económica, México 1978.

73 Ch. TAYLOR, *Sources o the Self. The Making of the Modern Identity*, Harvad University Press, Cambridge, Massachusetts, 1989, pp.285-302.

orientaciones de la justicia anglosajona influida por el puritanismo: "la justicia española de la Colonia, aunque procedía de la tradición de la ley natural, se apoyaba considerablemente en el ejercicio personal, por parte del juez, de una especie de discreción salomónica. Era un sistema en el que el juez administraba personalmente la justicia, el más elevado atributo de la soberanía desde el punto de vista de los españoles. En este sistema la justicia sondeaba las lóbregas profundidades del sentimiento humano y los motivos privados, admitiendo con frecuencia pruebas de oídas y opiniones personales que no habrían tenido cabida en los procesos ante los tribunales de Inglaterra".[74] Por otra parte, W. B. Taylor nos informa que a fin de mostrar que el acusado había actuado sin premeditación, durante la época colonial fue común argumentar también que el homicida había actuado bajo la influencia de una fuerza externa, como Satanás".[75]

Este ensayo plantea la hipótesis de que en el discurso acerca de las pasiones y del sentimiento que se desarrolló en la jurisprudencia penal de los dos primeros tercios del siglo XIX en México se entrelazaron la influencia colonial y el individualismo moderno. Antes de 1871 es posible identificar todavía algunos rasgos del enfoque casuista que identificaba las circunstancias que rodeaban un caso, junto a los nuevos elementos del individualismo moderno que definía al sujeto criminal desde una "interioridad" en la que confluían pasiones y sentimientos.[76] A diferencia de las referencias acerca de las

74 W. B. Taylor, *Embriaguez, homicidio y rebelión en las poblaciones coloniales mexicanas*. Fondo de Cultura Económica, México 1987, p.162.

75 *Ibidem*, p. 140.

76 La concepción individualista de la criminalidad ligada inicialmente a la condición interna del sujeto se transformó posteriormente en una concepción de la criminalidad vinculada a determinantes sociales. Ambas concepciones partieron del supuesto de que existían "factores criminógenos". En la actualidad este enfoque esta siendo objeto de un replanteamiento por parte de algunas corrientes criminológicas que consideran que la criminalidad no es el resultado de factores causales sino el resultado de la atribución de un "status" (teoría del etiquetamiento) que no depende ni de la historia personal del delincuente ni del medio social. En otras palabras, las teorías iniciales de la criminalidad están siendo reemplazadas por teorías de la criminalización que examinan la condición del delincuente en relación a las instancias formales de control social. Véase, W. Hassemer,

pasiones que aparecen en los procesos penales de la época colonial, la jurisprudencia penal de los dos primeros tercios del siglo XIX definió y sistematizó la reflexión acerca de las pasiones a través de categorías "científicas" extraídas de la psiquiatría, la medicina y la reflexión acerca de lo social. En el nuevo discurso de corte individualista acerca de las pasiones están, por otra parte, ya ausentes las menciones a lo diabólico o a la brujería.

La preocupación por desentrañar desde una perspectiva "científica" la historia personal del individuo criminal para determinar el grado de responsabilidad que podía imputársele en un delito fue, en efecto, un fenómeno innovador que se manifestó de manera constante a partir de la independencia. Conforme avanzó el siglo XIX, el individuo criminal se convirtió en un objeto de estudio cada vez mas sistemático por parte de disciplinas como la sociología, la antropología, la medicina y la psiquiatría. En este contexto, es importante señalar que las referencias acerca de la "interioridad" del sujeto criminal en el discurso penal de los dos primeros tercios del siglo XIX se aproximaron a temas como la pérdida de conciencia y la locura en un momento en que la psiquiatría estaba apenas desarrollándose en México.[77] De hecho, no deja de ser sorprendente que algunos abogados mexicanos estuvieran familiarizados con las teorías de Pinel y Esquirol acerca de la enfermedad mental, utilizándolas en sus intervenciones. Esto nos lleva a consi-

Fundamentos del derecho penal, Bosch, Barcelona 1984, capitulo IV.

77 De acuerdo con German Somolinos D'Ardois, el desarrollo de la psiquiatría en México independiente estuvo vinculada a la instauración de un nuevo plan de estudios de enseñanza de la medicina en 1833, momento en que fue abolida la Real y Pontificia Universidad de México. El plan de estudios que comenzó a impartirse en el Establecimiento de Ciencias Medicas se inspiró en los que existían en ese momento en Francia. En el mismo espíritu, tres años después fue creada la primera Academia de Medicina. A esto hay que añadir la difusión que, durante esta misma época, el doctor Martínez del Río dio a los trabajos de Pinel. En particular a la idea de que el enfermo mental no era un "animal feroz que solo se debía domar con las cadenas y la tortura"; y a la idea de que la locura era una enfermedad curable mediante la aplicación de un tratamiento médico. G. Somolinos D'Ardois, *Historia de la Psiquiatría en México*, Sep Setentas no. 258, México 3976, pp.124-128.

derar en qué medida el derecho penal fue, además de la medicina, un espacio que favoreció la introducción y el desarrollo de las nuevas teorías acerca de la enfermedad mental en México. Examinaremos esta cuèstión a través de dos juicios en que los abogados defensores plantearon el problema de la "monomanía homicida".[78]

En 1852, el abogado José María del Castillo Velasco defendió a un acusado de matar a su hijo argumentando que el individuo sufrió un ataque de "monomanía homicida" en el momento de cometer el delito. Con ello, intentaba convencer al juez de que al cometer el homicidio el acusado no había actuado por perversidad: "¡Matar a un hijo...! esto no puede ser natural; porque la maldad humana tiene sus límites, porque los sentimientos de amor a los hijos no son exclusivamente del hombre... ¿Se preferiría, por ventura, creer que Dios había errado al crear a González dándole un corazón de mármol, más bien que conceder que González estaba loco?".[79]

Citando extensamente a Pinel y Esquirol, Castillo Velasco señalaba que la monomanía homicida era un estado de locura parcial o "razonante" en la cual el sujeto tenía plena conciencia de su condición, "de sus relaciones con el mundo exterior, de su delirio... Muchos (locos) dan orden a sus ideas, discuten con sensatez..., algunos conocen el desorden de sus ideas, de sus afectos, de sus acciones, se lamentan, tienen vergüenza y aún se horrorizan de ellas; pero su voluntad es impotente y no pueden dominarlas."[80] En suma, la monomanía homicida es definida como "un delirio parcial caracterizado por un impulso más o menos violento hacia el asesinato. En algunos casos, el asesi-

78 Marcel GAUCHET y Gladys SWAIN nos informan que en Francia el debate penal a cerca de la libertad moral y de la responsabilidad se articuló en torno a la noción "práctica" de monomanía homicida alrededor de 1825. M. GAUCHET y G. SWAIN, *La pratique de l esprit humain. L institution asilaire et la révolution démocratique*, Editions Gallimard, París 1980, p.314.

79 "Defensa que a favor de J. M. González, acusado de parricidio, y sentenciado a la última pena, pronuncio en segunda instancia, ante la Exelentisima segunda sale de la Suprema Corte de Justicia, el licenciado Don José María del Castillo Velasco", *Variedades de Jurisprudencia*, tomo VI, *op. cit.*, 1852, p.344.

80 *Ibidem*, p. 349.

nato procede de una convicción íntima... en otros, el monomaniaco homicida, y llamo sobre esto la atención de V.E., no presenta ninguna alteración apreciable de la inteligencia o de los afectos. Es arrastrado por un instinto ciego, por algo que no se puede definir y que lo impele a matar".[81]

Los *Anales del Foro Mexicano* reprodujeron en su sección de jurisdicción criminal otro caso célebre de monomanía homicida ocurrido en 1864, en el que el acusado cometió cuatro delitos de homicidio y dos de heridas en el espacio de dos días.[82] Al igual que en el proceso anterior, el abogado Jesús R. Bejarano argumentaba que Zeferino Ramírez había sufrido un acceso de locura parcial que lo orilló a cometer "maquinalmente" una cadena de delitos. Para ello, presentó una verdadera monografía acerca de las nuevas concepciones francesas acerca de la enfermedad mental, citando ampliamente a autores médico-legales extranjeros (en francés) y reproduciendo la evaluación psiquiátrica del acusado realizada por el médico mexicano Rafael Lavista.[83] La línea de defensa del abogado es que el acusado no era un ser depravado, sino un individuo afectado por "pasiones violentas" (celos, ira) que no pudo controlar: "Si Ramírez como es cierto, no tiene tal instinto (sanguinario), tal furor, debe haber obrado por motivos impelentes de tal gravedad, que hayan ofuscado su mente; ¿y cuáles son esos motivos? Lo he dicho ya; las pasiones, los desesperación".[84] El corolario a esta interpretación es que el "extravío de la libertad moral" que se suscita cuando las pasiones se convierten en el móvil de la conducta

81 *Ibidem*, p. 350.

82 "Exma. 3a sala de la Suprema Corte de Justicia. Exma. 2a sala del mismo Tribunal. Juzgado Tercero del Rama Criminal a cargo del Sr. Lic. D. Mariano Solorzano", *Anales del Foro Mexicano*, publicado bajo la dirección de los licenciados Ignacio Otero y J. Carlos Mejia, Tomo II, Imprenta Literaria, México 1865.

83 De hecho, el abogado pidió al doctor Lavista una evaluación del estado mental del acusado, convencido de que la justicia debía "pedir a la ciencia sus luces". En colaboración con el doctor Miguel Alvarado, especialista en enfermedades mentales, el doctor Lavista diagnosticó el caso como representativo de la primera y de la segunda formas de monomanía de Esquirol. Además de Esquirol, el diagnóstico se apoya en las teorías de autores extranjeros como Esquivel, Marc, Fodoré, Georget, Pinel y Brier de Boismot. *Ibidem*, pp. 67.105.

84 *Ibidem*, p. 30.

criminal disminuye la responsabilidad del sujeto, que no pudo haber actuado con premeditación o plena conciencia de sus actos. Desde esta perspectiva, argumenta del abogado, el juez no debería limitarse a evaluar el delito sino el *cómo* y del *porqué* éste fue cometido. Es decir, el juez debería investigar las circunstancias que rodean al caso, mismas que remiten a la "interioridad" del sujeto. A pesar de estos razonamientos, Ramírez fue condenado por el tribunal a la pena capital.

Desde la perspectiva propuesta en estos dos procesos, la locura no es ya considerada una condición que abarca totalmente al sujeto sino un estado lo divide entre conciencia (conciencia incluso de su propia locura) y sinrazón.[85]

Gladys Swain ha señalado en este sentido que en el pensamiento filosófico europeo de los siglos XVIII y XIX es posible identificar una ruptura en la manera de concebir la locura y su relación con la criminalidad. Durante el siglo XVIII, fundamentalmente en la obra de Kant, la locura fue considerada un mal incurable que aislaba y abarcaba de manera absoluta al sujeto, sin posibilidad de intervención terapéutica. En el siglo XIX Hegel revirtió esta concepción proponiendo que el sujeto alienado era un ser en conflicto que expresaba una "manifestación necesaria" de la voluntad humana. En otras palabras, Hegel hizo desaparecer el juicio moral que pesaba sobre el loco y el criminal al presentarlos como sujetos en los que estaban presentes elementos inherentes a la condición humana, aún cuando no todos los hombres llegaran a convertirse en alienados o en delincuentes.[86]

85 Sin que tuviera el mismo peso que la locura, la embriaguez también fue considerada como una circunstancia que atenuaba la culpabilidad de un acusado, aun cuando no la anulara totalmente. Algunos abogados dieron a la embriaguez el carácter de una pérdida de conciencia temporal equiparable a la locura concebida como paréntesis dentro del estado normal: "La embriaguez es un delirio verdadero; es, según la expredicción de Briand, una *locura transitoria*, una enajenación mental, que produce la completa abstracción de las facultades intelectuales". "Informe pronunciado en la tercera sala de la Suprema Corte de Justicia por el Lic. D. Juan Nepomuceno Moreno, como defensor de Antonio Baraojas, en la causa que se le siguió por homicidio", *Variedades de Jurisprudencia*, tomo VII, Tercera parte del Semanario Judicial, *op. cit.*, 1853, p. 428.

86 G. SWAIN, "Deux époques de la foloe". *Libre* 1, Payot, París 1977, pp. 174-201; y "D'une rupture dan l'abord de la folie", *Libre* 2, Payot, París 1977, pp. 195-229.

Los planteamientos de Hegel coincidieron con el nacimiento de la psiquiatría en Francia a principios del siglo XIX. Desde la perspectiva de la medicina clínica, señala G. Swain, Esquirol concibió la locura como una condición dentro de la razón objetiva en la que el sujeto alienado podía reflexionar acerca de sus actos. En su obra *Des Passions considerées comme causes, symptômes et moyens curatifs de l'alienation mentale* (1805), Esquirol propuso que las pasiones eran el elemento constitutivo primordial de la alienación mental. Pinel coincidió con Esquirol al proponer que la alienación estaba ligada a factores nerviosos —que remitían tanto a lo orgánico como a lo psíquico— que eran curables. Gladys Swain advierte que la concepción de la locura "parcial" esbozada por Esquirol y Pinel en las primeros años del siglo XIX desapareció en Francia a partir de 1850-1860, momento en el que las teorías acerca de las monomanías fueron cuestionadas y dejó de pensarse en la locura como escisión del sujeto alienado entre la razón y la sinrazón.[87]

Recapitulando, la idea de que era importante evaluar las circunstancias en las que fue cometido un delito es una constante en las publicaciones jurídicas de la primera parte del siglo XIX. La misma idea había estado presente en las prácticas jurídicas de la época colonial influidas por el casuismo, aunque todo parece indicar que antes y después de la independencia los jueces evaluaron de diferente manera la naturaleza de las circunstancias que podían atenuar o anular la responsabilidad de un acusado. Un ejemplo de ello es la aparición de consideraciones en torno a los estados de alienación parcial desde una perspectiva en la que se conjugan la psiquiatría y el derecho.

Es importante recordar que además de profundizar en el análisis de las circunstancias que rodeaban cada caso, entre los juristas mexicanos de mediados del siglo XIX existió también la inquietud por limitar el arbitrio de los jueces a través del establecimiento del primer código penal. En relación a este ultimo punto, la postura del periódico jurídico *El Derecho* no

87 G. SWAIN, "De Kant a Hegel: deux époques de la folie" *op. cit.*, p. 191.

dejaba lugar a dudas. En 1868, el abogado Luis Méndez señalaba en el primer número de esta publicación que, "es ciertamente un cruel sarcasmo hacinar en las constituciones las más amplias garantías y sostener que con ello un pueblo es libre, cuando su honor, su vida y su propiedad quedan gobernadas o por la legislación draconiana de los siglos medios, o por el poder discrecional y arbitrario de sus jueces".[88] Esta visión, contrastaba y en ocasiones coexistía con la concepción tradicional sintetizada por el abogado Manuel Aguirre en un proceso reproducido en las *Variedades de Jurisprudencia* en 1853. Exhortando a los jueces a profundizar en el conocimiento de las circunstancias que rodeaban cada caso, el abogado señalaba, "jueces, se os ha dado un código criminal y penal en que han sido designados crímenes por su nombre y determinándose las penas, pero guardáos mucho de pensar que todo vuestro oficio se reduce a imponer tal castigo luego que encontreis un hecho de tal nominación: no; sabed que una misma acción en cuanto al resultado es infinitamente variable en cuanto al principio que la ha producido; sabed que hay causas que agravan el crimen, otras que lo atenúan, y otras que lo destruyen del todo; sabed que la apreciación genérica de esas circunstancias es propia de la ley, pero que la individual sólo pueden hacerla los jueces y la deben hacer, que un hecho mismo esta sujeto a muy diversas penas, según el grado de malicia de los ejecutores...".[89]

5. CONCLUSIÓN

La noción de criminalidad que predominó entre 1821 y 1871 parece haber establecido un singular equilibrio entre la antigua manera de hacer justicia y las nuevas concepciones acerca del individuo. En efecto, para los jueces y los abogados de los dos primeros tercios del siglo XIX la tarea de hacer justicia no

88 L MÉNDEZ, *El Derecho. Periódico de jurisprudencia y legislación*, tomo I, núm.1, agosto de 1868, Tip del Comercio de N. Chavez, a cargo de J. Moreno, p. 4.

89 "Defensa que el Lic. D. Manuel G. Aguirre hizo por Candelario Alva, acusado del crimen de estupro prematuro", *op. cit.*, pp. 332-3.

se agotaba en el apego estricto a la dogmática jurídica, y después de la independencia en los procesos penales continuó existiendo una indagación sistemática acerca de las circunstancias (externas e internas) que rodeaban cada caso. Empero la naturaleza misma de esta indagación —los temas que analizaban y la manera de abordarlos— está ya claramente referida al individualismo moderno.

Conforme avanzó el siglo XIX, los procesos penales comenzaron a ajustarse cada vez más estrechamente a los parámetros establecidos en la ley. No obstante, como señalamos al comienzo de este ensayo, queda abierta una interrogación acerca de si el sentido de esta transformación conllevó y ha seguido conllevando mayor justicia. Esta interrogación es valida si consideramos que a partir de la última parte del siglo XIX la concepción acerca del sujeto criminal se rigidizó, en el sentido que dejó de asociarse el delito con una alteración parcial del estado normal y tendió a considerarse que la criminalidad obedecía a un impulso innato en ciertos individuos determinados biológicamente.

En efecto, a diferencia de las tendencias que se anunciaron durante los dos primeros tercios del siglo XIX en el sentido de considerar la criminalidad como un paréntesis o una alteración del estado normal, a partir de los últimos años del siglo XIX y durante las primeras décadas del siglo XX el vínculo entre lo penal y lo científico desembocó en la búsqueda de los determinantes biológicos de la criminalidad. La idea de que existían tendencias innatas hacia la criminalidad que provenían del tamaño del cerebro o de la forma del cuerpo de los delincuentes comenzó a ser sistematizada por el darwinismo social, afirmándose posteriormente a través de la asimilación de la corriente criminológica del positivismo italiano —encabezada por Lombroso, Ferri y Garofalo—, que cobró gran importancia en México hasta mediados de este siglo. A través de esta corriente se introdujo una noción clave en materia penal, la de "peligrosidad", dirigida a examinar la conducta virtual de un

individuo dejando de lado toda consideración de las circunstancias que pudieron haber rodeado un acto concreto.[90]

El endurecimiento de la concepción del sujeto del derecho penal hacia fines del siglo XIX puede explicarse como el producto de la convergencia de fenómenos que se produjeron en diversos ámbitos. En el ámbito del derecho, la promulgación de la primera legislación penal inspirada en un enfoque sistémico y en abierta ruptura con la tradición casuista. En el ámbito de la historia intelectual, la asimilación de la corriente evolucionista, y en particular del darwinismo social. Por último, en el ámbito económico y social, el desarrollo industrial que hizo acceder a la esfera del trabajo asalariado a miles de trabajadores, planteando mayores exigencias de control social. La conjunción de estos fenómenos parece haber consolidado el monopolio del Estado en materia de justicia.

Poner el derecho bajo la salvaguarda exclusiva del Estado y hacer desaparecer las fuentes y los órganos de la justicia tradicional para hacer justicia al individuo, no es una característica exclusiva de la realidad mexicana sino una tendencia que ha marcado el desarrollo de las sociedades liberales. Esta tendencia ha sido generalmente asociada al avance indiscutible de la "modernidad", pero también ha sido objeto de un cuestionamiento por parte de autores cuya reflexión puede ser valiosa para revalorar el estado actual de nuestro sistema de justicia. Es importante señalar que el sentido de esta reflexión crítica no es hacer renacer las formas tradicionales del derecho que frecuentemente sustentaron el dominio de los poderosos, sino abrir la posibilidad de recuperar una visión más amplia de lo jurídico en la que el derecho no quede reducido a ser un simple instrumento del aparato estatal sin contacto alguno con la sociedad, en lo que se refiere a las condiciones de su promulgación y de su aplicación.

Desde esta perspectiva general, este ensayo concluye con una serie de interrogantes que retoman los planteamientos de

90 Véase, B. URÍAS, "El determinismo biológico en México: del darwinismo social a la sociología criminal", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 58, núm. 4, octubre-diciembre 1996, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México, pp. 99-126.

un gran jurista francés —François Gény— que a fines del siglo XIX y principios del XX cuestionó la gestión monopólica de la ley por parte del Estado, así como la desaparición de las fuentes del derecho privado enraizadas en la sociedad misma. Formuladas por los comentaristas a la obra de Gény en uno de los tres volúmenes publicados en su honor después de su muerte, estas preguntas giran en torno a la posibilidad de establecer una ruptura con la tendencia hacia la asimilación total del derecho por parte del aparato político-administrativo, y a la posibilidad de que el derecho vuelva a tener una independencia relativa enraizada en la sociedad: "¿Es el derecho positivo una creación del Estado y de sus órganos, y por consiguiente, no puede someterse más que a la voluntad de éstos a través de una "autolimitacion" de su poder? ¿De responder afirmativamente a esta pregunta, son los órganos encargados de hacer las leyes los únicos que legítimamente pueden establecer las reglas del derecho? ¿O acaso el derecho tiene una existencia independiente del Estado, ya sea parcial o total, y extrae entonces su autoridad o una parte de ella de fuentes distintas que el establecimiento de la potencia publica? En este caso, el elemento a ser impuesto por la constricción social —o la creencia en la posibilidad de esta imposición— (...) puede derivarse de fuentes o de fuerzas sociales diferentes a las del Estado. Quedaría entonces por definir, cuáles".[91]

91 E. LAMBERT, *Recueil d'etudes sur les sources du Droit en l'honneur de François Gény*, Librairie du Recueil Sirey, Paris (s.f.), vol III, p. 139.

EL RÉGIMEN LEGAL DE MÉXICO SOBRE SUS ESPACIOS MARINOS: UNA PROPUESTA PARA LA DELIMITACIÓN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL EN LA PARTE MÁS PROFUNDA DEL GOLFO DE MÉXICO*

Jorge A. VARGAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Ley Federal del Mar de México*. III. *Las cuestiones de delimitación marina de México*. IV. *Conclusión*. V. *Mapas*

I. INTRODUCCIÓN

La demarcación de los límites territoriales entre los estados representa con frecuencia el final de negociaciones largas y delicadas, e involucra un intrincado balance de consideraciones legales, técnicas y políticas. En razón de las consecuencias serias y permanentes que se derivan de este acto de soberanía nacional, el establecimiento de límites nacionales es una de las decisiones más importantes que una nación puede hacer en el marco del derecho internacional.

Mientras que el tema de la demarcación de las fronteras territoriales entre los Estados Unidos (EUA) y México ocupa un capítulo viejo y técnico en las relaciones diplomáticas entre los dos países, uno en el cual la venerable Comisión Internacional de Límites y Aguas (IBWC)[1] desempeñó un papel decisivo, la

* Este artículo apareció publicado en inglés, en la revista THE INTER-AMERICAN LAW REVIEW, WINTER 1994-1995. VOLUME 26. NUMBER 2. Traducción de JOSETTE SERRATO COMBE.

1 Originalmente establecida en 1980, la Internacional Boundary Comisión (IBC) fue creada pare establecer y demarcar los límites entre ambos países, de conformidad

delimitación de los límites marítimos de México y EUA permanece incompleta.[2] Aun cuando ambas naciones adoptaron una zona marítima de 200 millas marinas a partir de sus respectivas costas hace casi veinte años, a la fecha no existe un convenio definitivo sobre límites marítimos en relación con estas zonas, ni respecto a la plataforma continental tanto en el Golfo de México como en el Océano Pacífico.

Por acuerdo ejecutivo de Noviembre 24 de 1976, y "quedando pendiente la determinación final por tratado de los límites marítimos entre los dos países a partir de ambas costas", EUA y México trazaron líneas geodésicas en el Océano Pacifico y el Golfo de México para ser "temporalmente reconocidas como dichos límites marítimos".[3] Las fronteras resultantes fueron entonces simplemente reproducidas en un tratado firmado por ambos países en la Ciudad de México el 4 de mayo de 1978.[4] Posteriormente, ese mismo año, el Senado Mexicano ratifico el tratado de conformidad con el procedimiento constitucional, haciendo que los límites marítimos fueran finales y permanentes desde la perspectiva de México. El Comité del Senado sobre Relaciones Exteriores dictaminó favorablemente sobre el tratado en agosto de 1980; sin embargo, el Senado de EUA nunca ha emitido su opinión o consentimiento a la ratificación, dejando en su lugar el tratado en un estado de "limbo legal" durante los últimos quince años.[5]

con el Artículo V del Tratado de Guadalupe Hidalgo, Febrero 28 de 1848, EUA-Mex., Art V, T.S. 207 y artículo I de la Compra Gadsden, diciembre 30,1853, EUA-Mex., Art. I, T.S. 108. En 1844, el mandato original de la Comisión fue ampliado para incluir cuestiones de aguas internacionales y le fue dado un nuevo nombre: la Comisión Internacional de Límites y Aguas (International Boundary and Water Commission) (IBWC. *Ver* tratado Relativo a la Utilización de Aguas de los Ríos Colorado y Tijuana y del Río Grande, Feb. 3, 1944, EUA-Mex., 59 Stat 1219.

2 No fue sino hasta 1970 que EUA y México firmaron un tratado que extendía los límites marítimos internacionales a doce millas náuticas en el Pacifico y el Golfo de México. *Ver* el Tratado para Resolver las Diferencias Limítrofes Pendientes y Mantener el Río Grande y el Río Colorado como el Límite Internacional entre los Estados Unidos y México, Nov. 23, 1970, EUA-Mex., 23 UST. 371.

3 *Ver* Intercambio de Notas que hacen Efectivo el Acuerdo sobre el Límite Provisional Marítimo, Nov. 24, 1976, EUA-Mex., 29 UST. 197, T.I.A.S. 8805 (en lo sucesivo, Intercambio de Notas).

4 *Ver* Tratado sobre Límites Marítimos, Mayo 4,1978, EUA-Méx., 17 I.L.M. 1073.

5 *Ver* 126 CONG. REC. 25,550 (1980).

Históricamente, EUA ha mantenido límites territoriales claramente definidos con sus vecinos,[6] minimizando así conflictos limítrofes potenciales que tienden a ser altamente emocionales, prolongados y políticamente agobiantes. En este caso, sin embargo, la desviación de EUA de esta política es altamente significativa a la luz de la confirmación técnica de que el cuarto depósito más grande de hidrocarburos y gas natural en el mundo se localiza en la parte más profunda del Golfo de México.[7] Un sentimiento de urgencia sigue a predicciones confiables de que EUA tendrá la tecnología pare explotar estos ricos minerales hacia el año 2000.[8]

Este artículo se divide en dos partes. La primera analiza la Ley Federal del Mar, que entró en vigor en 1986. Al describir los espacios marítimos de México, se dedica especial atención a resaltar las características legales distintivas de México. La segunda se dirige al tema de los límites marinos entre EUA y México, contenidos en el Intercambio de Notas de 1976. También comenta sobre la situación del Tratado no ratificado sobre los Límites Marinos de 1978, y propone que EUA delimite la plataforma continental en la mitad del Golfo de México, un área submarina cuyos límites no fueron incluidos en el convenio ejecutivo de 1976. El establecimiento de estos límites es la única cuestión de límites marinos no acordada que queda en

6 Dr. Robert W. SMITH, Jefe de la División de Límites Marítimos y Recursos, Oficina del Geógrafo, Departamento de Estado de EUA, ha dicho a propósito de estas recientes delimitaciones marítimas: El principio fundamental de la ley internacional para la delimitación de los límites marítimos es que un límite debe decidirse por acuerdo entre los estados involucrados. Estados Unidos mantiene firmemente este principio como una parte integral de su política para la negociación de límites y ha afirmado consistentemente que *los límites marítimos deben establecerse por convenio de conformidad con principios de equidad*. La metodología para la delimitación puede variar con los elementos particulares de una situación de límites. Robert W. Smith, *The Maritime Boundaries of the United States*, 71 Geographical Rev. 397 (1981) (El énfasis es del autor).

7 Richard T. BUFFLER, *Seismic Stratigraphy of the Deep Gulf of México Basin and Adjacent Margins*, en The Geology of North America, Vol. J: The Gulf of México Basin 353 (Amos Salvador, ed., 1991.

8 *Ver* E. CRIBBS, J.R y J.D. Voss *Deepwater Extended Well Testing in the Gulf of México*, 1993 Offshore Technology Conference 25, en 25-32 (Mayo); ver también *What is the Industry's Deepwater Capability*?, 15 Ocean Industry 11, en 65-68 (1980).

tre EUA y México actualmente. Para concluir, este artículo sugiere que ha llegado el momento de que EUA y México suscriban un acuerdo formal estipulando los límites precisos de las zonas económicas exclusivas de 200 millas marinas reclamadas por ambos países y la plataforma continental tanto en el Golfo de México como en el Océano Pacífico.

II. La Ley Federal del Mar de México

El régimen legal aplicado por México a sus espacios marinos contiguos, ya sea sujetos a la plena soberanía de México o sólo a ciertos derechos o jurisdicciones, está contenido en su "Ley Federal del Mar" (LFM), que entró en vigor en 1986.[9] La LFM representa la culminación de los intensos esfuerzos de México tanto a nivel nacional como internacional pare establecer "un régimen legal completo, que permita la utilización racional de los abundantes recursos marinos y submarinos que existen a lo largo de sus litorales."[10] De acuerdo con Bernardo Sepúlveda, entonces Secretario de Relaciones Exteriores, los esfuerzos iniciales concluyeron el 18 de marzo de 1983, cuando México ratifico la Convención de las Naciones Unidas sobre la Ley del Mar (Convención de 1982).[11] Durante las últimas décadas, México ha expresado un interés creciente en la utilización racional tanto de sus recursos marinos renovables como lo no renovables,[12] y consecuentemente ha contribuido activamente en la codificación y desarrollo de la ley del mar. Las contribuciones de la delegación de México a UNCLOS I, II, y III están bien documentadas.[13]

México fue un pionero global en el establecimiento de las 200 millas marinas como zona económica exclusiva (ZEE),[14] y con la entrada en vigor de la LFM, México está en la posición de ser de las primeras naciones que ajustaron su legislación interna de conformidad con el nuevo régimen legal oceánico internacional, tal como está establecido en la Convención de 1982.[15] La declaración del presidente mexicano Miguel de la Madrid en apoyo de esta iniciativa legislativa adelantó un número de ideas subyacentes en la relación entre la Convención de 1982 y la LFM. Indicó, por ejemplo, que considerando que las bases de la Convención de 1982, tienden a ser más bien generales, "su aplicación práctica en cada estado les dará un contenido real. En la práctica, las bases tendrán que ser seguidas sobre la base de la legislación interna adoptada por cada país

9 Ley Federal del Mar, Diario Oficial de la Federación (D.O.) Enero 8, 1986 (en lo sucesivo LFM) (algunas reformas menores se hicieron en un decreto presidencial subsecuente: Fe de Erratas a la Ley Federal del Mar, D.O., enero 9, 1986). La LFM entró en vigor el día de su publicación. Para una traducción al ingles, así como para los fundamentos del presidente Miguel de la Madrid para presentar la iniciativa al Congreso Federal de México, ver I.L.M. 889, 900, respectivamente.

10 LFM *supra* nota 9, en 3.

11 *Ver* Convención de las Naciones Unidas sobre la Ley del Mar con Indice y Decreto Final de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Ley del Mar, U.N. Sales No. E.83.V.5 (1983) [en lo sucesivo Convención de 1982]. En diciembre 10 de 1982, México se encontró dentro de los 117 Estados que firmaron la Convención de 1982. De conformidad con su procedimiento constitucional, el Senado de México aprobó la Convención de 1982 en diciembre 29 de 1982. Los decretos de aprobación y promulgación aparecieron en el D.O. de febrero 18 y 1o. de junio de 1983, respectivamente. El instrumento de ratificación fue depositado ante el Secretario General de las Naciones Unidas el 18 de marzo de 1983.

12 La utilización de recursos marinos ha ocupado un lugar cada vez mayor e importante en los Planes de Desarrollo Nacional de México, como se refleja en la atención especial que se ha dado a la industria pesquera, puertos, exploración y explotación de petróleo, proyectos de acuacultura, educación en ciencias marinas y tecnologías, y protección al ambiente, durante las administraciones de los presidentes Echeverría, López Portillo, De la Madrid y Salinas de Gortari.

13 Hay proliferación de literatura legal sobre este tema. *Ver generalmente* Alejandro Sobarzo, *Régimen Jurídico del Alta Mar*, 359-413 (1985); Alfonso García Robles, *Desarrollo y Codificación de las Normas Básicas del Derecho del Mar hasta 1960*, en México y el Régimen del Mar 15-36 (1974); Sergio González Gálvez, *México en la Codificación y el Desarrollo Progresivo del derecho Internacional a través de la ONU*, en México en las Naciones Unidas (1974); Jorge Castañeda, *La Labor del Comité Preparatorio en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*. en México y el Régimen del Mar 136 (1974); Manuel Tello, *México y el Derecho del Mar*, en México en las Naciones Unidas 155 (1986).

14 Por decreto presidencial, México estableció su zona económica exclusiva de 200 millas náuticas (ZEE) añadiendo un octavo párrafo al artículo 27 de su Constitución de 1917. D.O., febrero 6, 1976. La ZEE entró en vigor el 6 de junio de 1976. *Ver también infra* Part. II.C.4.

15 LFM, *supra* nota 9, en 4.

y constituirán la ley del mar real aplicable.[16] El Presidente De la Madrid también afirmó que las disposiciones de la Convención de 1982, "no pueden llevarse a cabo automáticamente, sino que requieren legislación a nivel interno para su aplicación plena."[17] De la Madrid también reconoció que un número de artículos de la Convención de 1982 "obligan a los Estados a legislar internamente para hacerlos efectivos, para cumplirlos, y, sobre todo, a ejercer los derechos que se derivan de la misma efectivamente contra terceros."[18]

En lo que se refiere a los aspectos sustantivos de la Convención de 1982, el presidente De la Madrid reiteró la política de México de que la mayoría de las disposiciones, excepto aquellas relativas al área internacional del fondo del mar, habían ya logrado tal consenso internacional que "constituyen la evidencia de la voluntad legal de la comunidad internacional."[19] Como resultado, ninguna alteración era aceptable respecto a los derechos y obligaciones atribuidos a los estados durante el proceso de negociaciones.[20]

A. *Análisis General de la Ley Federal del Mar*

La LFM fue diseñada para lograr dos objetivos fundamentales. El primero fue codificar, poner al día y sistematizar las numerosas disposiciones entonces vigentes que regulaban el entorno marino de México, sus recursos, y protección del ambiente.[21] Esta ley consistía primordialmente en un numero de leyes federales derivadas de artículos pertinentes de la Constitución de 1917 de México.

El artículo 27 de la Constitución de México otorga a la nación mexicana el dominio directo de cualquier recurso natural, tales como minerales, depósitos u otras substancias localizadas

16 *Ver* La Exposición de Motivos para la Ley Mexicana del Mar [en lo sucesivo Exposición], 25 I.L.M. 900, 901 (1986).

17 *Id.*

18 *Id.*

19 *Id.*

20 *Id.*

21 *Id.*

en la mesa continental de sierra, la plataforma continental y las islas.[22] Se da especial atención al petróleo, gas natural y cualquier otro hidrocarburo.[23] El artículo 27 también establece, *inter alia*, que "las aguas de los mares territoriales[24] y las aguas marinas interiores"[25] "son propiedad de la Nación [mexicana]."[26] Sin adherirse plenamente a la noción del *ius imperium*, pero contrastando con el anticuado *ius dominium* utilizado en el artículo 27 de la Constitución de México, la LFM ahora establece que en los espacios marinos "la Nación ejercerá las atribuciones, derechos, jurisdicciones y competencias" establecidas por la LFM de conformidad con la Constitución [Federal] y el derecho internacional."[27] El artículo 42 de la Constitución mexicana enumera las áreas físicas que comprenden el "territorio nacional" de México,[28] y el artículo 48 estable-

22 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* [en lo sucesivo Constitución Mexicana], Art. 27.

23 El artículo 27 de la Constitución mexicana establece: Corresponde a la Nación el dominio de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles, minerales sólidos; el petróleo y todos los caburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el derecho internacional.

24 *Id. "Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales, en la extensión y términos que fije el derecho internacional." Id.*

25 *"Aguas marinas interiores", Id.* El término casi universal para este espacio marino de "aguas interiores". *Ver* la Convención de Ginebra sobre la Ley del Mar, art. 5 (1958); la Convención de 1982, art. 8. Los artículos 42 y 48 de la Constitución mexicana, sin embargo, utilizan la expresión "aguas marinas interiores", para referirse a este mismo espacio, ilustrando la falta de consistencia en la terminología legal marina. *Ver* Const. Mex., arts. 42 y 48.

26 Para una apreciación crítica del uso tradicional de la noción de "propiedad" para reclamar la propiedad sobre estos recursos por el gobierno de México, *ver* Bernardo Sepúlveda, *Derecho del Mar, Apuntes sobre el Sistema Legal Mexicano*, 12 Foro Internacional, pp. 237, 240, (1972).

27 LFM, *supra* nota 9, art. 4.

28 De conformidad con el artículo 42 de la Constitución de 1917 de México, el "territorio nacional" comprende: 1) treinta y un Estados y el Distrito Federal (Ciudad de México); 2) las islas, "incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyecentes", especí-

ce que "las islas, cayos y arrecifes, la plataforma continental, los mares territoriales, las aguas marinas interiores y el espacio situado sobre el territorio nacional,"... "dependerán directamente del Gobierno de la Federación...".[29]

Numerosas disposiciones federales basadas en estos artículos regulan la pesca y la acuacultura,[30] el petróleo y el gas natural,[31] la transportación marítima,[32] los puertos,[33] el turismo,[34] y la protección ambiental marina.[35] En razón de que estas leyes entraron en vigor y fueron reformadas en diversas fechas, se desarrolló muy poca uniformidad entre ellas. La LFM sirvió para introducir una coordinación que mucho se requería en esta área estableciendo un documento legal único e integral. En su iniciativa, el Presidente De la Madrid se refirió a la LFM como una ley que daba estructura y orden a los variados aspectos legales sustantivos de la materia del mar.[36]

El segundo objetivo de México logrado con la LFM fue el cumplimiento de la Convención de 1982.[37] Para este propósito, el gobierno de México procedió a modernizar y ajustar su legislación interna para lograr una simetría con este instrumento multilateral.[38] De conformidad con el artículo 133 de la Constitución de México, los tratados celebrados por el Presidente de

pecíficamente las islas Guadalupe y Revillagigedo en el océano Pacífico; 3) la plataforma continental que pertenece tanto a la masa continental como a los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes; 4) una zona de doce millas náuticas de mar territorial y las "aguas marinas internas"; y 5) el espacio situado sobre el territorio nacional. Const. Mex., art. 42.

29 *Id*, artículo 48.

30 *Ley de Pesca*, 1992, D.O., junio 25, 1992. *Ver* también *Reglamento de la Ley de Pesca*, D.O., julio 21, 1992.

31 *Ver* Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional sobre el Ramo del Petróleo [Ley derivada del artículo 27 de la Constitución sobre el Petróleo], D.O., nov. 29, 1958, reformada, D.O., dic. 30 de 1977 y 11 de mayo de 1995.

32 *Ver* Ley de Vías Generales de Comunicación, D.O., feb. 19, 1940, reformada, D.O., enero 4, 1994.

33 *Ver* Ley Federal de Puertos, D.O., julio 19, 1993.

34 *Ver* Ley Federal de Turismo, D.O., dic. 31, 1992.

35 *Ver* Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al ambiente, Editorial Porrúa (1994).

36 *Ver* Fundamentos, *supra* nota 16, en 990.

37 *Id.*, en 901.

38 *Id.*

la República y aprobados por el Senado serán "la ley suprema de toda la Unión".[39] Por ende, la única consecuencia legal lógica que pudo derivarse de la adhesión de México a la Convención de 1982 fue la promulgación de la LFM.

El Presidente De la Madrid señalo que "el único medio" para proveer a su país "con la autoridad legal esencial para ejercer sus derechos en el ambiente marino principalmente en contra de los intereses extranjeros", fue la adopción de la legislación interna que incorporara "los principios pertinentes del nuevo orden legal internacional".[40] De la Madrid señaló claramente que la LFM fue formulada con especial atención a las normas y disposiciones de la Convención de 1982, que sirvieron como directrices legales o principios de guía.[41] Un número substancial de las disposiciones de la Convención de 1982 fueron reproducidas literalmente en el texto de la LFM.[42]

B. *Las Nueve Características Legales Innovadoras de la LFM*

Desde la perspectiva administrativa, la LFM tiene la categoría de Ley Reglamentaria que detalla ciertas disposiciones contenidas en el articulo 27 de la Constitución de México.[43] Esta ley de jurisdicción federal y sus disposiciones están calificadas como "de orden público."[44] La LFM consiste de sesenta y cinco artículos divididos en dos partes.[45]

La LFM introduce las siguientes nueve innovaciones aplicables a los océanos dentro del régimen legal de México:

39 Const. Mex., art. 133. Este artículo pudo haberse inspirado en el artículo VI, sección 2, de la Constitución de E.U.A.

40 Fundamentos. *supra* nota 16, en pp. 903-904.

41 *Id.* en p. 902. La expresión en español es "Normas Rectoras de la Convención".

42 *Id.*

43 Como lo estable el articulo 1o. de la LFM, esta nueva ley federal detalla el contenido legal de los párrafos 4, 5, 6 y 8 del articulo 27 de la Constitución de México. *Ver* LFM, *supra* nota 9, en 889, 890; *cf.* Const. Mex., art. 27.

44 LFM, supra nota 4, art. 2.

45 Id. El [Título Primero] contiene [Disposiciones Generales]; el [Título Segundo] se aplica a las [Zonas Marítimas Mexicanas].

1. El derecho del pasaje inocente se normó en detalle por vez primera en la historia legislativa de México.[46] Con anterioridad a la entrada en vigor de este ordenamiento, el artículo 189 de la Ley General de Vías de Comunicación, cuya primera entrada en vigor fue en 1932, incorrectamente reconoció la libertad de navegación en las aguas territoriales de México en favor de las naves extranjeras.[47] La LFM corrigió este problema.

2. La LFM estableció normas mediante las cuales México puede ejercer su jurisdicción sobre islas artificiales, instalaciones y estructuras marinas.[48]

3. Adicionalmente a la regulación del uso tradicional de recursos marinos renovables y no renovables, la LFM estableció normas para regular ciertos usos no tradicionales, tales como el uso de los minerales contenidos en las aguas, generación de energía hidroeléctrica y termal, producción de energía eólica y energía solar, desarrollo de las costas, acuacultura, y parques marinos.[49]

4. La LFM maneja las aguas interiores bajo un régimen legal distinto y separado. Antes de 1985, las aguas interiores no se trataban en forma distinta a los mares territoriales, confundiendo la cuestión del pasaje inocente en las áreas de las aguas interiores.[50]

5. La LFM creó una zona contigua —un área oceánica bajo la jurisdicción nacional de México— de doce millas marinas de ancho. En 1969, de conformidad con la *Ley de Bienes Naciona-*

46 *Id.* En parte, el régimen detallado de México sobre el derecho de pasaje inocente puede percibirse como una consecuencia del progreso logrado en esta materia por UNCLOS III. *Ver* la Convención de 1982, *supra* nota 11, artículos 17-26.

47 El artículo 198 de esta ley federal establecía: La navegación en los mares territoriales de la República será libre para las naves de todos los países, en los términos de los tratados y el derecho internacional. Las naves extranjeras que naveguen en las aguas [territoriales] mexicanas están sujetas, para este propósito únicamente, al cumplimiento de las leyes de la República y sus respectivos ordenamientos. Ley de Vías Generales de Comunicación, *supra* nota 32, en 99.

48 LFM, *supra* nota 9, art. 14-17. *Ver* la Convención de 1982, *supra* nota 11, arts. 56(1)(b)(i), 60.

49 LFM, *supra* nota 9, art. 6, #IV. *Ver* Convención de 1982, *supra* nota 11, art. 56(1)(a).

50 LFM, *supra* nota 9, arts. 34-41.

les, México estableció una zona contigua de tres millas marinas adyacente a su entonces mar territorial de nueve millas marinas. Sin embargo, cuando México extendió su mar territorial a doce millas marinas posteriormente ese año, por reforma del artículo 18, párrafo II de la Ley, la zona contigua esencialmente desapareció.[51] De conformidad con el artículo 33, párrafo 2 de la Convención de 1982, la zona contigua de México ahora comprende una anchura de veinticuatro millas marinas que se extienden de la línea de base a partir de la cual se trace la anchura del mar territorial.[52]

6. La LFM creó un régimen legal especial para la ZEE de 200 millas marinas de México.[53] El instrumento legislativo apunta que México controla ricos depósitos de nódulos polimetálicos dentro de su ZEE, especialmente en el Golfo de California y alrededor de las islas de Revillagigedo y Clarion.[54]

7. Claramente preocupados por la protección y preservación, del entorno marino, la nueva legislación dedicó un artículo entero a este punto vital.[55] A nivel interno, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente,[56] la Ley General de Salud,[57] y la Ley Federal de Aguas[58] reglamentan la protección al ambiente de los espacios marinos de México. Internacionalmente, México se ha adherido a siete convenciones multilaterales contra la contaminación marina.[59] Adicional-

51 Ley General de Bienes Nacionales, art. 18, núm. II (reformada por decreto presidencial del 12 de diciembre de 1969), D.O., dic. 26, 1969.

52 LFM. *supra* nota 9, arts. 42-45; Convención de 1982, *supra* nota 11, art. 11, art. 33(2).

53 LFM, *supra* nota 9, arts. 46-56. Esta es la parte más extensa de la FLM, siguiendo de cerca los artículos 55-56 de la Convención de 1982, *supra* nota 11.

54 Exposición, *supra* nota 16, en 906.

55 LFM, *supra* nota 9, art. 21.

56 *Ver* Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, *supra* nota 35. Los artículos 79-87 de este ordenamiento reglamentan la protección a la flora y fauna silvestre y las especies acuáticas. Los artículos 117-33 reglamentan el control de los ecosistemas acuáticos.

57 *Ver* Ley General de Salud, D.O., feb. 7, 1984.

58 *Ver* Ley General de Aguas, D.O., dic.1o., 192.

59 Estas convenciones son: 1) La Convención de Londres para la Prevención de la Contaminación por Hidrocarburos, D.O., julio 20, octubre 15, 1956; 2) Reformas a la Convención de Londres, D.O., marzo 9, 1977; 3) Convención de Bruselas sobre la Interven-

mente, continúa vigente una convención bilateral con los Estados Unidos para prevenir la contaminación de hidrocarburos u otras substancias peligrosas.[60]

8. Definir el límite externo de la plataforma continental es uno de los problemas técnicos más difíciles asociados con la ley del mar. La legislación interna de México anterior a 1986, no contuvo esta cuestión. Al respecto, la LFM establece:

> ARTÍCULO 62. La plataforma continental y las plataforma insulares mexicanas, comprenden el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá del mar territorial, y a todo lo largo de la prolongación natural del territorio nacional hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia, de acuerdo con lo dispuesto por el derecho internacional. La definición anterior comprende la plataforma de islas, cayos y arrecifes, que forman parte del territorio [mexicano] nacional.[61]

Sin embargo, se estableció expresamente que "las islas gozan de plataforma insular, pero no así las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia."[62]

9. Finalmente, sujeto a los derechos de soberanía de México

ción en Altamar en caso de accidentes causados por la Contaminación de Hidrocarburos, D.O., mayo 26, 1976; 4) Prevención de Contaminación Marina por descarga de desperdicios y otras materias, D.O., julio 16, 1975; 5) Protocolo de 1973 sobre Intervención en Altamar, D.O., marzo 30, 1980 y agosto 1, 1980; 6) Protocolo MARPOL de 1978, D.O., julio 8, 1992; y 7) Convención de Cartagena sobre la Protección del Medio Ambiente Marino de la Región del Caribe, D.O., abril 25, 1988. *Ver* también, *México, Relación de Tratados en vigor*, 1993, SRE, Tlaltelolco, México, en XXIV-XXV.

60 Acuerdo de Cooperación entre los Estados Unidos y México en relación con la Contaminación del Medio Ambiente Marino por la descarga de hidrocarburos y substancias peligrosas, con anexos, julio 24, 1980, EUA-Méx, 32 U.S.T. 5899, D.O. mayo 18, agosto 15, 1981 (entró en vigor el 30 de marzo de 1981).

61 LFM, *supra* nota 9, art. 62.

62 *Id.* Art. 63; Convención de 1982, *supra* nota 11, art. 121 (3).

y su jurisdicción, la nueva ley de 1986 reglamenta la conducta de las actividades de investigación científica en las diferentes áreas oceánicas. En su decreto legislativo, el Presidente De la Madrid enfatizó que la ausencia de reglamentación anterior representaba una *lacunae* en la legislación de México, y reconoció que "había una brecha en nuestra legislación sobre esta materia (actividad de investigación marina) que es la razón por la cual lo que se acordó en la Conferencia (Convención de 1982) había sido solamente aplicado administrativamente por nuestro gobierno."[63] En consecuencia, en defensa de los recur-sos naturales de México, la iniciativa que proponía introducía un nuevo sistema legal que abordaba estos temas.[64]

Al respecto, el artículo 22 de la LFM enumera los siguientes siete principios que privan la conducta de las actividades de la investigación marina en los espacios marinos de México: 1. Las actividades se realizarán exclusivamente con fines pacíficos,[65] 2. Se realizarán con métodos y medios científicos adecuados, compatibles con la LFM y demás leyes aplicables y con el derecho internacional; 3. Las actividades no interferirán injustificadamente con otros usos legítimos del mar compatibles con la LFM y con el derecho internacional; 4. Se respetarán todas las leyes y reglamentos relativos a la protección y preservación del medio marino; 5. No constituirán fundamento jurídico para ninguna reivindicación sobre parte alguna del medio marino o sus recursos; 6. Cuando conforme a la LFM sean permitidos para su realización por extranjeros, se asegurará el mayor grado posible de participación nacional, y 7. En el caso del anterior principio, la nación se asegurará que se le proporcionen los resultados de la investigación, y, si así lo solicita, la asistencia necesaria para su interpretación y evaluación.[66]

63 Exposición de Motivos, *supra* nota 16, en 905.

64 *Id.* en 905-906.

65 Estos principios mantienen cierta simetría, *mutantis mutandis*, con algunos de los contenidos en la Declaración de Principios que Regulan el Lecho Marino y el Suelo del Mar más allá de los Límites de la Jurisdicción Nacional, dic. 17, 1970, U.N.G.A. 2749 (XXV).

66 LFM, *supra* nota 9, art. 22.

Recientemente, el gobierno mexicano dio a conocer una publicación oficial conteniendo un conjunto completo de lineamientos que los científicos e instituciones extranjeras deben observar cuando soliciten un permiso para llevar a cabo actividades de investigación científica marina en cualquiera de las zonas marinas de México.[67]

C. *Las Zonas Marinas de México*

El artículo 3 de la LFM establece las siguientes cinco "Zonas marinas mexicanas": 1) El mar territorial; 2) Las aguas marinas interiores; 3) La zona contigua; 4) La ZEE, y 5) La plataforma continental y las plataformas insulares.[68] La naturaleza legal, alcance, manera de demarcar, y dimensiones de estas zonas marinas es una transposición casi literal de los artículos correspondientes de la Convención de 1982. El comentario que sigue enfatiza sólo algunas de las características distintivas agregadas por México en la LFM relacionadas con dichas zonas.

1. *Mar territorial*

La LFM establece la anchura del mar territorial de México en 12 millas marinas (22,224 metros).[69] De conformidad con la Constitución de México,[70] el artículo 28 de la LFM declara que cualquier esclavo que ingrese al mar territorial en una embarcación extranjera será libre y estará protegido por las leyes Mexicanas.

67 *Normatividad para la Investigación Científica por Extranjeros en Zonas Marinas de Jurisdicción Nacional*, Secretaría de Relaciones Exteriores-Secretaría de Marina, 1993, (en lo sucesivo Normatividad).

68 LFM, *supra* nota 9, art. 3. El párrafo final de este artículo dice: (f) Cualquier otra [zona marina] permitida por el derecho internacioal.

69 LFM, *supra* nota 9, art. 25. *Ver* también la Convención de 1982, *supra* nota 11, art. 3.

70 El artículo 2 de la Constitución de 1917 establece: "Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán por ese solo hecho, su libertad y protección de las leyes." Const. Mex., art. 2.

Los artículos 30 y 31 merecen especial atención. Tomados directamente de la Convención de 1982,[71] el artículo 30 establece que el ejecutivo federal de México exigirá la responsabilidad del Estado del pabellón por cualquier pérdida o daño causado por una embarcación de guerra o por otra embarcación de Estado destinada a fines no comerciales, que resulte del incumplimiento de las leyes y reglamentos mexicanos relativos al paso inocente o las disposiciones de esta Ley. El artículo 31 agrega, con las excepciones establecidas en la LFM, que ninguna disposición de la Ley afectará las inmunidades a que tienen derecho las embarcaciones extranjeras de guerra y otras embarcaciones de Estado destinadas a fines no comerciales.[72] Así, cualquier embarcación que se encuentre en el mar territorial de México debe cumplir con las disposiciones nacionales pertinentes y sus reglamentación, en lo que se aplique a la pesca, protección del medio ambiente marino, tráfico marítimo, y otras actividades marinas.[73] Las aeronaves también deben cumplir con las disposiciones aplicables de la ley Mexicana.[74]

México se encuentra entre los primeros países del hemisferio occidental que adoptó el mar territorial de doce millas marinas en 1969.[75] De la franja original de tres millas marinas, establecida en 1902,[76] México agrandó su mar territorial a nueve millas marinas en 1935.[77] Por decreto que reformó la "Ley Ge-

71 *Ver* Convención de 1982, *supra* nota 11, arts. 31-32.

72 LFM *supra* nota 9, art. 31 (traducción al inglés del autor).

73 *Id.* Art. 5.

74 *Id.* Art. 33. Al respecto, la Ley General de Vías de Comunicación, D.O., junio 25, 1992, *inter alia*, reglamenta la inspección, monitoreo y control de los vuelos de aeronaves extranjeras sobre el mar territorial mexicano.

75 *Ver* Alfonso GARCÍA ROBLES, *La anchura del mar territorial*, 1 (1966).

76 Ley de Bienes Inmuebles de la Nación, art. 4, fracc. I, D.O., diciembre 18, 1902. La Ley establece que "[a] los bienes del dominio público, controlados por la Federación, son los siguientes: I. El mar territorial hasta una distancia de tres millas, medidas de la línea más baja de la marea en la playa continental o en las islas que forman parte del territorio nacional." *Ver* también SZÉKELY, Alberto, *Derecho Internacional del Mar* 45, 46, 51 (1979) [en lo sucesivo SZÉKELY, *Derecho Internacional*].

77 *Ver* Decreto que Reforma la Ley de Bienes Inmuebles de la Nación, D.O., agosto 31, 1935. El único artículo de este Decreto de reformas, art. 18, fracc. I, establecía: "El mar territorial, hasta una distancia de nueve millas marinas (16,688 km.) medidas de la línea más baja de la marea en la playa continental o en las islas que forman parte del territorio nacional." (traducción al inglés del autor).

neral de Bienes Inmuebles", México amplió aún más su mar territorial a una anchura de doce millas en 1969.[78] La nueva anchura de doce millas marinas no se aplicaron a los Estados Unidos ni a Japón hasta 1973.[79]

La Convención de Ginebra sobre la Ley del Mar de 1958 y 1960 no llegó a un acuerdo respecto a la máxima anchura del mar territorial, pero México esperó que un nuevo parámetro de derecho internacional, que favoreciera las doce millas marinas de mar territorial, emergería en la medida que más estados con costas adoptaran este límite. Respecto al derecho internacional, México procedió cautelosamente en sus esfuerzos para obtener el límite de doce millas marinas para su franja marginal. Este ingenioso acercamiento diplomático, desarrollado por el doctor Alfonso García Robles, demostró ser altamente exitoso.[80] Más que extender unilateralmente su mar territorial, México primero entró en negociaciones con los Estados Unidos[81] y Japón,[82] dos de los cuatro países cuyos nacionales tradicionalmente pescaban en sus costas. Hacerlo de otra manera tal vez hubiera causado una confrontación directa con

78 Decreto que Reforma el Primero y el Segundo Párrafos de la fracc. II del artículo 18 de la Ley General de Bienes Nacionales, D.O., diciembre 26, 1969. El texto es idéntico salvo por la nueva anchura de doce millas marinas del mar territorial. *Id.* en 62-63.

79 El decreto de 1969 que amplió la anchura del mar territorial de México de nueve a doce millas marinas contenía una disposición que estipulaba que la nueva anchura no se aplicaría a las embarcaciones pesqueras de EUA o de Japón como resultado de los convenios bilaterales suscritos por México con cada uno de estos países el 27 de octubre de 1967 y el 7 de marzo de 1968, respectivamente. Con fundamento en estos acuerdos, las actividades pesqueras de los nacionales de estos países se desfasaron en periodos de cinco años terminando el 1 de enero de 1973, para los Estados Unidos, y el 31 de diciembre de 1972 para Japón.

80 Para un análisis del contenido y consecuencias legales que llevaron a la firma de los acuerdo pesqueros con los Estados Unidos y Japón, *ver* Fernando CASTRO Y CASTRO, *Convenios Bilaterales de Pesca: Práctica y Legislación Mexicana*, en México y el Régimen del Mar. 106 (1974).

81 Acuerdo entre los Estados Unidos de América y México sobre la Pesca Tradicional en las zonas exclusivas contiguas a los Mares Territoriales de ambas Naciones, oct. 27, 1967, US-Méx., 18 U.S.T. 2724.

82 Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón sobre Pesca por embarcaciones japonesas en las aguas contiguas al Mar Territorial Mexicano, marzo 7, 1968, Méx.-Japón, en México y el Régimen del Mar, *supra* nota 13, en 355-57.

EUA u otras potencias marinas. No se llegó a ningún acuerdo, sin embargo, con los otros dos países, Cuba[83] y Guatemala.[84]

El punto crucial de estas negociaciones consistió en celebrar convenios bilaterales sobre pesca con EUA y Japón, reconociendo sus "derechos pesqueros tradicionales" en la franja de tres millas marinas contiguas al mar territorial de México durante un periodo de cinco años comenzando el lo. de enero de 1968.[85] Estos derechos pesqueros tradicionales fueron paulatinamente reducidos durante el mismo periodo de cinco años. Después de que el avance en las negociaciones sugirió que el objetivo deseado estaba a su alcance, México creó una ZEE de tres millas marinas por decreto presidencial del 20 de febrero de 1967.[86] Esta zona, que media entre nueve y doce millas marinas de la línea de base, fue utilizada para determinar la anchura del mar territorial de México. (*Ver* mapa A). Una fracción del decreto establece:

> El Ejecutivo Federal establecerá los términos y condiciones bajo los cuales los nacionales de aquellos países que han explotado tradicionalmente recursos vivientes del mar, puedan continuar sus actividades durante un período que no excederá de cinco años, contados a partir del lo. de enero de 1968. Durante 1967, los nacionales de dichos países podrán continuar sus actividades sin estar sujetos a condición especial alguna.[87]

83 México y Cuba llevaron a cabo dos sesiones de negociación sobre estos asuntos el 16 y 25 de mayo de 1967. Aunque se adelantó considerablemente en un principio, al final no se llegó a ningún acuerdo. *Ver* CASTRO Y CASTRO, *supra* nota 80, en 130-34.

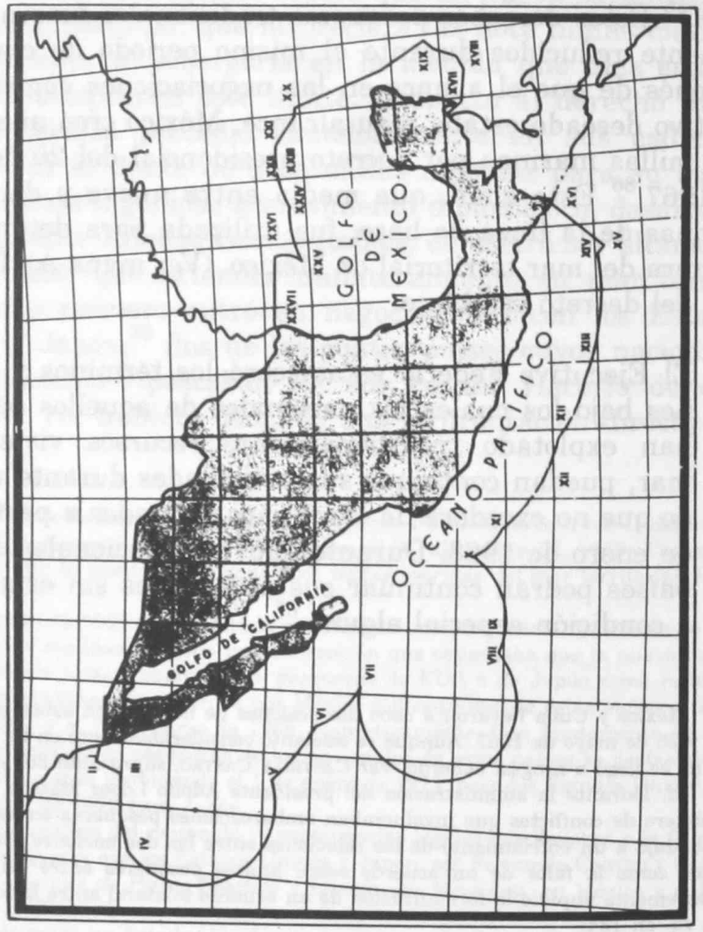
84 *Id.* Durante la admnistración del presidente Adolfo López Mateos (1958-1964), un número de conflictos que involucraban embarcaciones pesqueras en aguas mexicanas condujo a un enfriamiento de las relaciones entre las dos naciones. Estos incidentes, así como la falta de un acuerdo sobre límites pesqueros entre los dos países, aparentemente impidió la formalización de un acuerdo bilateral entre México y Guatemala. *Id.* en 134.

85 Para información sobre los antecedentes, redacción e implementación de la estrategia diplomática mexicana hacia los EUA, ver *id.* en 121-126.

86 Ley sobre la Zona Exclusiva de Pesca de la Nación, D.O., diciembre 20, 1967 (entró en vigor el 4 de enero de 1968).

87 *Id.*

V. MAPAS



Mapa A. INTER-AMERICAN LAW REVIEW

2. *Las aguas marinas interiores*

Respecto a las "aguas marinas interiores", la LFM incluye expresamente entre ellas la parte norte del Golfo de California, las de las bahías internas, las de los puertos, las internas de los arrecifes y las de las desembocaduras o deltas de los ríos, lagunas y estuarios comunicados permanentemente o intermitentemente con el mar.[88] Con el objeto de delimitar este espacio marino, la *línea de bajamar* se define como la línea de mayor flujo y reflujo donde llegan las aguas marinas en un momento dado a lo largo de las costas continentales o Insulares de la Nación.[89] Cuando esté completa, la reglamentación de la LFM contendrá bases más detalladas relativas a la delimitación de las aguas marinas interiores o cualquier otra "zona marina de México."[90]

3. *Zona Contigua*

Tal como lo permitía la Convención de 1982,[91] México tiene ahora una zona contigua de doce millas marinas, localizadas inmediatamente adyacentes a su mar territorial.[92] Objetivo de este espacio es "prevenir las infracciones de las normas aplicables de esta Ley, de su reglamento y de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que pudieran cometerse en su territorio, en las aguas marinas interiores o en el mar territorial mexicano;"[93] y "sancionar estas infracciones..."[94]

88 LFM, *supra* nota 9, art. 36. La fracción V debe leerse conjuntamente con el art. 27 de la Constitución, que en esencia establece que este tipo de aguas están sujetas a la jurisdicción exclusiva del gobierno federal. *Ver supra* notas 22-29, y el texto que se acompaña. *Ver* también la Convención de 1982, *supra* nota 11, arts. 5-12.

89 LFM, *supra* nota 9, arts. 37-38.

90 A pesar de que la LFM entró en vigor hace más de una década, la reglamentación correspondiente no ha sido expedida a la fecha.

91 *Ver* Convención de 1982, *supra* nota 11, art. 33, fracc. 2.

92 LFM, *supra* nota 9,arts. 43-45. El límite exterior de la zona contigua se localiza a veinticuatro millas marinas (44,448 metros) de las líneas de base correspondientes. *Id.*

93 *Id.*, art. 42. *Ver* también la Convención de 1982, *supra* nota 11, art. 33 (1) (a), (b).

94 LFM, *supra* nota 9, art. 42.

4. *Zona Económica Exclusiva*

Por reformas al Artículo 27 de su Constitución en febrero de 1976,[95] México fue de los primeros países que estableció una ZEE de doscientas millas marinas.[96] En un informe oficial en 1974 a la segunda sesión plenaria de UNCLOS II, en Caracas, Venezuela, el Presidente mexicano Luis Echevarría Alvarez dijo:

> El Mar Patrimonial[97] es una figura legal nueva, especial, que refleja la complejidad de las nuevas realidades en la esfera marina. Esta figura legal no puede asimilarse a las categorías tradicionales de la ley del mar: no es ni el mar territorial, ni altamar.[98]

Con la ayuda de Colombia y Venezuela, la delegación mexicana presentó formalmente ante UNCLOS III la primera propuesta delineando las bases legales de lo que la comunidad internacional reconocería eventualmente como la ZEE.[99] La adición de un octavo párrafo al Artículo 27 de la Constitución Mexicana dice lo siguiente:

95 La Ley Reglamentaria del párrafo octavo del artículo 27 Constitucional, relativo a la Zona Económica Exclusiva de México, D.O., febrero 13, 1976, fue derogada por la LFM en 1986.

96 Al explicar la adición al párrafo 8 del artículo 27 de la Constitución, el presidente Luis Echeverría Álvarez señalo: La adición supuesta... afirma los derechos so- beranos de la Nación sobre los recursos naturales existentes en un área de más de dos millones de kilómetros cuadrados, un área ligeramente mayor que el territorio actual de México. La explotación de estos recursos quedarán sujetos a reglamentación general que garantice que serán utilizados en beneficio del pueblo mexicano. D.O., febrero 6, 1976. *Ver* también Jorge A. VARGAS, *La Zona Económica Exclusiva de México*, 43-63 (1980).

97 El "Mar Patrimonial", un concepto latinoamericano atribuido al diplomático chileno Edmundo Vargas Carreño, es el antecedente directo de la zona económica exlusiva. Para información adicional sobre este concepto, *ver* Edmundo VARGAS CARREÑO, *America Latina y el Derecho del Mar* (1973); Ricardo MÉNDEZ SILVA, *El Mar Patrimonial en América Latina* (1974); Jorge CASTAÑEDA, *The Concept of Patrimonial Sea in International Law*, 12 Indian J. Int'l. 535-42 (octubre 1972); Andrés AGUILAR, *The Patrimonial Sea or Economic Zone Concept*, 11 San Diego, L. Rev. 579-612 (1974).

98 Discurso ante UNCLOS III del presidente mexicano Luis Echeverría Álvarez, en Caracas, Venezuela (julio 26 de 1974), reimpreso en VARGAS, *supra* nota 96, en 34.

99 *Ver Propuesta de Colombia, México y Venezuela sobre un Mar Patrimonial de 200 millas marinas*, UNCLOS III, U.N. Doc. A/AC. 138/Sc. II/L. 21 (1973).

> La Nación ejerce en una *Zona Económica* exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso. La *zona económica exclusiva* se extenderá a 200 millas marinas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial. En aquellos casos en que esa extensión produzca superposición con las zonas económicas de otros estados, la delimitación de las respectivas zonas se hará en la medida en que resulte necesario, mediante acuerdos con estos Estados.[100]

Un decreto presidencial de junio de 1976 estableció los límites externos de la ZEE de México en el Caribe, el Golfo de México, y el Océano Pacífico,[101] e incluyó una carta marina correspondiente.[102] El establecimiento por México de una ZEE de 200 millas marinas a lo largo de sus vastos litorales oceánicos,[103] demarcado por islas como puntos de base, produjeron consecuencias inmediatas tanto al nivel interno como internacional, particularmente respecto al Golfo de California.

D. *El Uso de las Islas por México para delimitar su ZEE de 200 Millas Marinas*

La presencia de dos grupos de islas cercanas a las costas de la península de Yucatán (Arrecife Alacrán y Cayo Arcas), produjo a México beneficios territoriales considerables cuando las utilizó como puntos de base para trazar los límites externos de su ZEE de 200 millas marinas en el Golfo de México.

100 Const. Mex., art. 27.

101 Decreto que fija el límite exterior de la Zona Económica Exclusiva de México, D.O., junio 7 de 1976 (entró en vigor el 31 de julio de 1966).

102 Coincidiendo con la publicación del Decreto que estableció los líimites externos de la ZEE de México, y de conformidad con la Ley Internacional, la Secretaría de Marina de México, publicó una carta oficial estableciendo estos límites. *Ver infra* nota 117 y texto que se acompaña.

103 De conformidad con una publicación reciente del Gobierno Mexicano, los límites totales de México tienen una extensión de 11,592.77 kilómetros (cerca de 7,205 millas). *Ver* también Normatividad, *supra* nota 67, en 11.

El Arrecife Alacrán y el Cayo Arcas fueron ocupados en un tiempo, por un pequeño grupo de nacionales de EUA dedicados a la explotación comercial de los abundantes depósitos de *guano* que se encontraban ahí. La presencia de estas personas hizo posible que el gobierno de los EUA reclamaran derechos sobre estas "islas, cayos y rocas" como territorio de EUA. Las negociaciones diplomáticas eventualmente fueron necesarias para definir esta propiedad disputada.[104] En su "Informe Presidencial" del 1º de septiembre de 1902, el presidente mexicano Porfirio Díaz informó a la Nación del acuerdo convenido con los EUA respecto a la soberanía territorial de México sobre estas "islas... y rocas" cercanas a las costas de la Península de Yucatán.[105]

Si estas islas no hubiesen sido parte de la geografía marina del Golfo o los negociadores de los EUA no hubiesen estado convencidos de que "la *isla* mexicana en cuestión, el Arrecife Alacrán, hubiese reunido los elementos para determinar que era una isla", los límites resultantes de la ZEE hubieran sido diametralmente diferentes. Sin duda, los límites externos de la ZEE de México se hubieran trazado al sur de su localización actual, ya que la anchura de la ZEE en ese caso se hubiera medido a partir de las costas de Yucatán más que del Arrecife, localizado a setenta y cinco millas aproximadamente al norte del puerto de Progreso en la mesa continental de México. Por lo tanto, desde una perspectiva del derecho del mar, es esencial que estas islas mexicanas se sometan a un estricto escrutinio legal y técnico para asegurarse de que satisfacen los criterios del Artículo 132 del TUIN.[106]

En un reporte técnico de 1946 escrito por Manuel Muñoz Lumbier y publicado por la Secretaría de Educación Pública de

104 *Ver* Informe Presidencial del 10 de septiembre de 1902, Boletín de la Sociedad de Geografía y Estadística, Núm. X, México, D.F. (junio de 1903), en 165-99.

105 *Id. Ver* también *Islas*, en VII Enciclopedia de México, 356 (José Rogelio Álvarez, ed., 1977).

106 Texto Único Informal de Negociación [TUIN], Doc. A/CONF.62/WP.8/Parte II (1975).

México (SEP),[107] el Arrecife Alacrán y el Islote Pérez se describen en parte como sigue:

> ALACRANES. Nombre dado a arrecifes (*escollos*) peligrosos localizados al extremo NE de la ribera de Yucatán... 73 millas de Fuerte Sisal, latitud 22º23'36" y longitud 89º41'45" al oeste de Greenwich.... la forma general de dichos arrecifes es la de una luna creciente con una convexidad hacia el NE... El lado NE está formado por una mesa compacta de coral... secos en diversas partes, y contra la cual el mar estalla con enorme violencia... Hacia el lado SE... existen cayos pequeños, arenosos de una altura aproximada de cinco pies, cubiertos por pasto y matorrales...[108]
>
> PÉREZ. pequeño islote localizado a una milla al extremo sur del Arrecife de Alacranes, latitud N 22º23'36" y lon-gitud 89º41'45" al oeste de Greenwich. Contiguo a este islote están los cayos conocidos como Pájaros y Chico, y entre ellos y la isla está un pequeño puerto formado por arrecifes, y bueno para botes pequeños, con una profundidad de cuatro brazas pero cuya entrada debiera ser despejada por la vista... Tres millas al NO de Pérez se encuentra otro cayo que se distingue por una choza pequeña, y a la misma distancia en dirección sur está al NO del Arrecife de Alacrán esta otro islote de unos diez pies de altura ...La ribera en esta área es tan profunda que no hay una anclaje seguro para naves grandes . ...y el único punto seguro para desembarcar se localiza al interior de la isla Pérez, que se localiza a unas 66 millas directamente al norte del Puerto de Progreso . . . Estos *bajos* son muy ricos en pescados y crustáceos. Existe un faro del cuarto orden, con un alcance de 15 millas y con dos traces brillantes distintos. Debe ejercerse precaución al navegar a lo largo

107 Manuel MUÑOZ LUMBIER, *Las Islas Mexicanas*, en Biblioteca Enciclopédica Popular, SRE. (1946).

108 *Id.* en 108-09.

de la costa norte pues el haz de luz ofrece poca protección del peligro de los arrecifes.[109]

El gobierno mexicano publicó cinco catálogos oficiales[110] entre 1977 y 1987 listando "las islas, cayos y arrecifes" que forman parte del territorio mexicano de conformidad con los artículos 42 y 48 de su Constitución. Ninguna de las cinco islas que componen el Arrecife Alacrán (Isla Chica, Isla Desertora, Isla Desterrada, Isla Pájaros e Isla Pérez) están definidos consistentemente ni desde una perspectiva científica ni geográfica. Mientras los primeros catálogos se referían a estas islas como "cayos", las listas mas recientes las enlistan como "islas". Por ejemplo, en los catálogos de 1977 y 1979 de la Secretaría de Marina aparecen las siguientes descripciones:

> ISLA CHICA. Un *pequeño cayo* de 1.50 metros de altura localizado a tres cuartos de milla de la punta SE y dentro del Arrecife Alacrán, a una distancia de un cuarto de milla de la Isla Pájaro.[112]

> ISLA DESERTORA. Un *pequeño cayo* de 3.65 metros de altura localizado tres millas al NO de la Isla Pérez, en el Arrecife Alacrán.[113]

> ISLA DESTERRADA. Un *pequeño cayo* de tres metros de altura localizado al interior y a distancia de una y media millas de la costa NO del Arrecife Alacrán.[114]

> ISLA PÁJAROS. Un *pequeño cayo* de 1.50 metros de altura localizado tres cuartos de milla de la punta SE y dentro del Arrecife Alacrán.[115]

> ISLA PÉREZ. Un *cayo estrecho* de media milla de largo y 4.25 metros de altura localizado cerca de la punta sur del Arrecife Alacrán.[116]

La Secretaría de Marina, en su catalogo mas reciente, simplemente relaciona las anteriores dentro de su sección "Islas en el Mar Caribe frente a las Costas de Yucatán y Quintana Roo", y provee las coordenadas geográficas.[117]

El estudio de México del "Territorio Insular" debe completarse en los años por venir.[118] En las últimas dos décadas, el gobierno de México ha hecho esfuerzos vigorosos y sostenidos para estudiar sus numerosas islas, cayos, y arrecifes y los abundantes recursos que los rodean, con el propósito de avanzar en su desarrollo científico, técnico y socioeconómico. Sin embargo, estos estudios están actualmente incompletos, lo que explica los cambios recurrentes en relación con la nomenclatura (como con las islas del Arrecife Alacrán) de las posiciones geográficas, de la flora y fauna, y los recursos naturales.

El uso de las islas del Arrecife Alacrán para definir los límites externos de la ZEE de México ha sido claramente independiente de si estas se clasifican como "islas" o "cayos". En lugar de esto, el punto legal fue, determinar si estas islas o cayos, independientemente de la denominación, están acordes

109 *Id.* en 109-10.

110 Estos catálogos son: 1) Régimen Jurídico de las Islas Mexicanas y su Catálogo, en *Islas del Golfo de México y Mar Caribe*, 51 53-54, Secretaría de Marina (Méx. 1977); 2) Régimen Jurídico de las Islas Mexicanas y su Catálogo, Secretaría de Marina 47-49 (Méx. 1979); 3) Régimen Jurídico e Inventario de Las Islas , Cayos y Arrecifes del Territorio Nacional, en Arrecifes y Cayos del Territorio Nacional, Golfo de México, 81, 92, Secretaría de Gobernación (Méx. 1981); 4) Catálogo Provisional de Islas y Arrecifes, en 4, 5, 10, Secretaría de Programación y Presupuesto (Méx. 1981) (este Catálogo asigna a las cinco islas los números 156, 185, 187, 420 y 444 de un total de 3067 islas, cayos, rocas y arrecifes; 5) Islas Mexicanas Régimen Jurídico y Catálogo, en *Islas en el Mar Caribe frente a las Costas de los Estados de Yucatán y Quintana Roo* 71, Secretaría de Gobernación y Secretaría de Marina (Méx. 1987).

111 Por ejemplo, los catálogos de la Secretaría de Marina de 1977 y 1979 se referían a estas islas como "cayos". Para definiciones más precisas, *ver supra* notas 104-09 y texto que se acompaña.

112 Régimen Jurídico 1979, *supra* nota 110, en 48.

113 *Id.*

114 *Id.*

115 *Id.*, en 49.

116 *Id.* Las mismas descripciones aparecen en el catálogo de 1977. El Inventario Gubernamental no detalla el nombre de las Islas que forman el Arrecife Alacrán. Simplemente enlistasn al "Arrecife" como perteneciente a México en el Golfo de México; *ver* Régimen Jurídico e Inventario de 1981. *supra* nota 110, en 80-81.

117 *Ver* Jorge A. VARGAS, *Terminología sobre el Derecho del Mar* 153, 156 (1979).

118 *Id.*

con la definición legal de, o distinción legal entre "isla" y "roca", como se establece en el artículo 132 del TUIN.[119]

Los negociadores designados por EUA y México para establecer la frontera marina de 200 millas entre ambos países "inmediatamente acordaron que negociarían sobre las bases de las disposiciones del Texto Único Informal de Negociación."[120] Los negociadores claramente escogieron este documento porque en el momento en que las negociaciones bilaterales se iniciaron, en abril de 1976, el TUIN era el documento más avanzado producido por la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar de las Naciones Unidas. Por lo tanto, reflejaba el consenso de la comunidad internacional al que se había llegado relativo a las cuestiones más substanciales sobre el derecho del mar . Por ende, la distinción legal establecida por el artículo 132 del TUIN tuvo la mayor importancia para los Estados Unidos y México.

Durante las negociaciones, ambas partes también tomaron en cuenta el artículo 61 del TUIN, que establecía que "la delimitación de la zona económica exclusiva entre estados o puestos o adyacentes será conducida de conformidad con *principios de equidad*, utilizando, cuando sea apropiado, *la línea media o equidistante*, y tomando en cuenta *todas las circunstancias relevantes*".[121] Después de negociar y llegar a un exitoso acuerdo

119 De conformidad con el TUIN, *supra* nota 106, en 47, "una isla es un área formada naturalmente de tierra, rodeada de agua, que está sobre el punto algo del agua de altamar". Bajo el derecho internacinal, las islas deben tener un mar territorial, una zona contigua, una ZEE, y una plataforma continental. Sin embargo, el TUIN establece que "las rocas que no pueden soportar la habitación humana o una vida económica propia, no tendrán una zona económica exclusiva o plataforma continental." *Id.*, art. 132, fracc. 3.

120 *Ver* Alverto SZÉKELY, *A Commentary with the Mexican View on the Problem of Maritime Boundaries in U.S.-Relations*, 22 Nat Resources J. 155, 156 (1982) en adelante, Székely, Commentary.

121 TUIN, *supra* nota 106, art. 61, en 25 (se incluyó énfasis en ciertas palabras). El artículo 61 del TUIN se convirtió en el artículo 74 de la Convención de 1984, *supra* nota 11. La versión actual del TUIN, párrafo 1, establece: "la delimitación de la zona económica exclusiva entre las costas de los Estados opuestos o adyecentes *se llevará a cabo por acuerdo sobre las bases del derecho internacional*, al que se refiere el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, con objeto de lograr *una solución equitativa*." (el énfasis es del autor).

similar sobre la frontera marina con Cuba varios meses antes,[122] en razón de que México sentía que las numerosas islas que rodean sus litorales tenían una importancia estratégica por razones políticas y algunas estaban rodeadas de vastos recursos naturales, tenía fuertes incentivos para insistir en usar sus islas para demarcar sus fronteras marinas. En un Decreto Presidencial de junio de 1976, que establecía el límite exterior de la ZEE de 200 millas marinas,[123] México utilizó varias islas como puntos de base para esa delimitación. En el Golfo de México, la Isla Desterrada (en el Arrecife Alacrán) y el Cayo Arenas fueron utilizados como puntos de base, mientras que en el Pacífico, se utilizaron la Isla Clarión y la Isla Guadalupe.[124]

EUA tiene la fortuna de tener numerosas islas dentro de su territorio,[125] y por tanto debería favorecer la política de utilizar a las islas como puntos de base con propósitos de delimitación de fronteras marinas.[126] Esto explica en parte porqué, durante las negociaciones con México, EUA propuso la utiliza ción de una carta náutica que dividía las 200 millas de las zonas marinas respectivas, México "simplemente con firm[ando]" los resultados.[127] La propuesta de EUA clararamente sugiere

122 El acuerdo sobre la frontera marina entre México y Cuba se concluyó el 26 de julio de 1976. *Ver* Acuerdo Complementario del Acuerdo de Pesca, julio 26, 1976, México-Cuba, Relación de Tratados en Vigor, *supra* nota 59, en 23. *Ver* también *infra*, notas 154 y 156 y texto que se acompaña.

123 *Ver* Decreto que fija el Límite Exterior de la ZEE de México, *supra* nota 101 y texto que se acompaña. A través de la Secretaría de Programación y Presupuesto, el gobierno mexicano publicó un folleto técnico que describe con mayor detalle la metodología utilizada por la Dirección General de Estudios del Territorio Nacional para establecer los límites externos de la ZEE de México. *Ver* Carta de la Zona Económica Exclusiva, SPP. México (1977).

124 *Ver* SZÉKELY, *Derecho Internacional*, supra nota 76, en 207-10.

125 *Ver* SMITH, *supra* nota 6, en 395-97, 406-10.

126 *Ver* Mark B. FELDMAN y David COLSON, *The Maritime Boundaries of the United States*, 75 A.M. J. INT'L L. 729, 743, 750 (1981) (en adelante, Feldman y Colson, *Maritime Baundaries*).

127 *Ver* SZÉKELY, *Commentary*, *supra* nota 120, en 157. El autor destaca que la carta hecha por EUA fue "simplemente confirmada por México", sugiriendo que ambos equipos negociadores estaban de acuerdo respecto al uso de las islas para propósitos generales de delimitación, y, respecto a la demarcación de esta frontera marina específica. Esto se confirma con la afirmación de Székely de que "esta línea fue trazada de las susodichas islas mexicanas. No se sostuvo una discusión durante las pláticas sobre el tema de las islas." *Id.*

que: 1. la frontera marina en medio del Golfo de México se trazó originalmente por EUA, siguiendo los lineamientos establecidos por el artículo 61 del TUIN; 2. que EUA basó esta frontera en la utilización de ciertas islas como puntos de base para propósitos de delimitación marina; 3. que ciertas islas en el Arrecife Alacrán se consideraban legalmente como "islas" de conformidad con el artículo 132 del TUIN, lo que obligó a los EUA a aceptar a la caracterización legal de México en el sentido de que estas "ciertas islas" eran en verdad "islas" y no "rocas"; 4. que México llegó a un acuerdo con EUA no sólo respecto a la metodología legal y técnica empleada para el establecimiento de la frontera marina, sino también respecto al resultado de este ejercicio técnico-legal; y, 5. que ambos países acordaron que la frontera marina así establecida sería considerada como "una frontera marina general", exceptuando la delimitación de la plataforma continental entre ambos países, que a la fecha continúa pendiente.

Una vez que ambos países acordaron esta frontera legal, procedieron entonces a "simplificar" la línea resultante con objeto de hacerla lo más recta que fuera prácticamente posible.[128] El IBWC ya había aplicado esta metodología al Tratado Fronterizo de 1970, así como en otras instancias, con resultados mutuamente ventajosos.[129] En noviembre 24 de 1976, EUA y el acuerdo redactado cuidadosamente por México fue puesto en marcha a través de un intercambio de notas.[130]

¿Por qué los negociadores de EUA acordaron con México que la utilización de ciertas islas del Arrecife Alacrán como puntos de base fuera un método valido para la delimitación marina de conformidad con el artículo 132 del TUIN? Aun cuando no se han hecho públicos los registros oficiales sobre esta materia,[131]

128 *Ver* SZÉKELY, *Commentary, supra* nota 120, en 157

129 *Ver infra* nota 184 y texto que se acompaña.

130 *Ver infra* nota 159 y texto que se acompaña.

131 El contenido de estas negociaciones puede deducirse de la información contenida en las siguientes fuentes:. 1) la afirmación de Mark B. FELDMAN al Senado de EUA, *infra* nota 165; 2) FELDMAN y COLSON, *Maritime Boundaries, supra* nota 126, en 743-45; SMITH, *supra* nota 6, en 402-05; SZÉKELY, *Commentary, supra* nota 120, en 156-58.

probablemente EUA aceptó este procedimiento porque México presentó evidencias incontrovertibles de que la Isla Desterrada y la Isla Pérez estaban dentro del concepto "islas" tal como se define en el párrafo 132 del TUIN. En otras palabras, la Isla Desterrada y la Isla Pérez eran definitivamente "islas" y no "rocas".

Los argumentos legales y técnicos pueden haber sido los siguientes:

1. La Isla Desertora y la Isla Pérez, como parte del Arrecife Alacrán, están fuera de la zona de doce millas del mar territorial de México. Sin embargo, ambos cuerpos se conforman a la definición de "isla" establecida por el artículo 132 del TUIN. La Isla Desertora y la Isla Pérez satisfacen los tres requisitos establecidos por este artículo. Ambas son: (*a*) Una superficie terrestre formada naturalmente, "(*b*) "rodeada de agua", y (*c*) arriba del agua en altamar". La delegación mexicana ciertamente presentó evidencias físicas, científicas y técnicas como prueba de estas condiciones.

2. El artículo 132, párrafo 1 del TUIN no establece información respecto a la extensión territorial que se requiere para una isla. Legalmente, la extensión de la superficie terrestre de una isla puede ser irrelevante siempre y cuando sea una "superficie terrestre formada naturalmente... que esté arriba del agua en altamar."

3. Entre las posturas más desafiantes para los negociadores de México se encontraba la de proveer que estas islas eran en verdad "islas", y no "rocas". El párrafo 2 del artículo 132 del TUIN reconoce que sólo las islas y no las "rocas" pueden tener un mar territorial, una zona contigua, y una plataforma continental. Sin embargo, el párrafo 3 de este artículo establece: "Las "rocas" que no pueden sostener asentamientos humanos o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva o plataforma continental."[132]

132 TUIN, art. 132, fracción 3, *supra* nota 106, en 47.

Las embarcaciones mexicanas utilizan el Arrecife Alacrán y el Cayo Arenas como amarradura pare buscar refugio de las tormentas, hacer reparaciones, o simplemente descansar, tal como lo ha reportado Muñoz Lumbier.[133] Adicionalmente, cada isla tiene un faro, y un guardacostas permanente navega entre los faros para mantenerlos en buenas condiciones de operación.[134] Un académico mexicano ha apuntado que estas islas, o cualquiera de las otras utilizadas, por México para demarcar su ZEE de 200 millas marinas, tales como la Isla Guadalupe, [135] Isla Socorro,[136] o Isla Clarión[137] en el Pacífico, pueden ser utilizadas en el futuro cercano, posiblemente para albergar un destacamento naval o una planta de desalinización de agua, para desarrollar proyectos agrícolas, o para establecer una base pesquera.[138] En la medida en que se desarrollen adelantos científicos y tecnológicos, será más fácil proveer a ciertas

133 MUÑOZ LUMBIER afirma que entre las Islas Pérez, la más importante del Arrecife Alacrán, y los cayos Pájaros y Chico, "existe un pequeño puerto formado por los arrecifes y muy útil para pequeñas embarcaciones, con una profundidad de cuatro brazas", a las cuales puede entrarse por simple vista. *Ver supra* nota 107, en 109.

134 Sobre un estudio interesante de las actividades diarias de José Alcalá, el guardafaros, y el caporal de la Marina José Manuel López Centurión, las únicas dos personas que viven permanentemente en el Cayo Arcas acompañados por un destacamento rotativo de la Marina Mexicana, *ver* Martha Elva TORRES, *Cinco años de Soledad lleva el farero de Cayo Arcas, Campeche*, EL NACIONAL (diario), junio 2, 1984 en 2.

135 Las Islas Guadalupe, Revillagigedo, Cayo Arenas, Pérez y Desterrada fueron utilizadas como puntos de base para delimitar la ZEE de México, de conformidad con DETENAL. En la carta oficial indica el límite exterior de la ZEE de México, se utilizan veintisiete puntos precisos de ésta demarcación, I al XVI en el Océano Pacífico, y del XVII al XXVII en el Golfo de México. *Ver* Carta de la Zona Económica exclusiva, *supra* nota 123, en 3.

136 El Archipiélago de Revillagigedo fue descubierto en 1542 por Ruy López de Villalobos. Formado por cuatro islas, Isla San Benedicto, Isla Socorro, Roca Partida y Clarión, se localizan en el Océano Pacífico entre 18º 28'N, 19º 20' Norte y 110º 45'O, a unas 375 millas marinas del México continental. Para información adicional, *ver* Régimen Jurídico de las Islas Mexicanas y su Catálogo (1977), *supra* nota 110, en 58; Islas Revillagigedo, presencia mexicana en el Pacífico, Secretaría de Marina, (Méx. 1978).

137 En razón de la Isla Clarión, la isla más al Oeste en el Archipiélago Revillagigedo, México ganó jurisdicción sobre uno de los módulos polimetálicos más ricos en el Océano Pacífico, conocido como la Zanja Clipperton-Clarión.

138 Estas sugerencias fueron adelantadas por ZSÉKELY, *El Derecho Internacional*, *supra* nota 76, en 209.

pequeñas islas remotas con algún tipo de "habitación humana o vida económica propia," de conformidad con el artículo 121 de la Convención de 1982.[139]

E. *La ZEE y el Golfo de California*

Internamente, el establecimiento de la ZEE en el interior del Golfo de California condujo a un resultado legal más bien intrigante. En razón de la peculiar configuración geográfica de este cuerpo de agua, el establecimiento de una ZEE en este caso condujo a la separación de una importante área oceánica del régimen de alta mar.

En 1968, el gobierno mexicano aplicó el método de la línea recta de base al interior del Golfo de California,[140] y un mar territorial de doce millas se estableció pronto.[141]

Como resultado, el área oceánica fuera de esta franja marina y dentro de la parte baja del Golfo continúa perteneciendo a altamar de conformidad con los principios del derecho internacional.[142] La "entrada" al Golfo de California mide sólo como 113 millas marinas,[143] pero fue convertido de alta mar co-

139 El artículo 132 del TUIN fue reproducido en su totalidad en el texto final de la Convención de 1982, *supra* nota 11, art. 21.

140 Decreto por el cual se delimita el Mar Territorial Mexicano en el Interior del Golfo de California, D.O., agosto 30, 1968; Fé de Erratas D.O., octubre 5, 1968. *Ver* también *Office of the Geographer, U.S. Dept of State, Bureau of Intelligence and Research, Mexico: Straight Baselines* 4 (1970).

141 México estableció un Mar Territorial de doce millas marinas en 1969. *Ver supra* nota 78 y texto que se acompaña. El Decreto entró en vigor el día después de su publicación y fue rechazado por la LFM, *supra* nota 9, en 1986.

142 *Ver* Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, arts 4-7, U.N. Doc. A/CONF.13/L. 52 (1958), reimpresa en 52 AM. J. INT'L L. 834 (1958). México suscribió esta Convención el 2 de agosto de 1966. *Ver* D.O., agosto 17, 1966; D.O., octubre 5, 1966. Con esta base, el Congreso Mexicano reformó el artículo XVII de la Ley General de Bienes Nacionales de 1942 para incorporar el método de la línea recta de base tal como está contenido en los artículos 4 y 5 de la Convención. *Ver* D.O., diciembre 29, 1967; D.O., agosto 30, 1968.

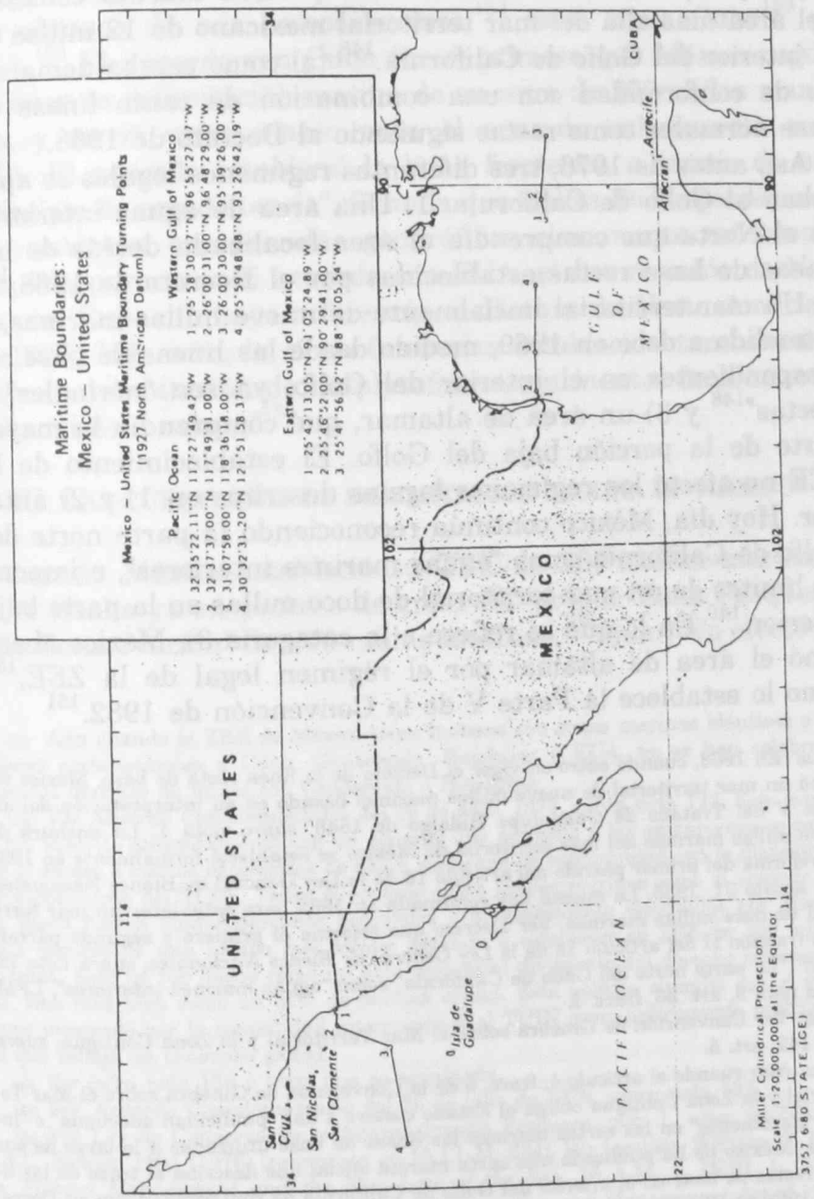
143 El Decreto de 1968 está técnicamente sustentado por un estudio cuidadoso *in situ* de las condiciones físicas y geológicas en el interior del Golfo de California conducido por una Comisión Inter-Secretarial formada por representantes de las Secretarías mexicanas, incluyendo Agricultura y Ganadería, Relaciones Exteriores, Marina y Defensa Nacional. La Comisión recomendó la manera en la cual el mar territorial debía ser demarcado dentro del Golfo. *Ver* Sepúlveda, supra nota 26, en 247-50; *ver* también SZÉKELY, *Derecho Internacional*, *supra* nota 76, en 188.

mo una parte de la recién establecida ZEE de 200 millas marinas. El establecimiento de esta zona marina en el Golfo de California, agregado a la delineación de su parte superior como aguas internas como consecuencia de la aplicación del método de línea de base recta en 1968, transformó legalmente la totalidad de este importante espacio marino, dotado de variados recursos naturales[144] y fenómenos oceanográficos,[145] en un virtual "lago mexicano." (*Ver* mapa B).

Cronológicamente, la "mexicanización" del Golfo de California ocurrió en dos etapas. Primero, en 1968 México aplicó el método de la línea recta de base a ciertas islas en la porción media del Golfo, en particular a las estratégicamente ubicadas Isla San Esteban, Isla Turners, y la Isla San Pedro Mártir, de conformidad con el Articulo 4 de la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua de 1958. La aplicación de este método resultó en un área oceánica situada al norte del Paralelo 29, definida por la legislación mexicana como aguas interiores. Esta área marina existe, por lo tanto, entre estas islas al sur y el delta del río Colorado al norte. Segundo, en 1976 México estableció su ZEE de 200 millas marinas. Aun cuando el Decreto de 1968 "nacionalizó" la parte

144 Desde que los europeos cruzaron sus aguas inicialmente en 1535, el Golfo de California ha sido conocido por su diversa vida marina, incluyendo ostras, peces, crustáceos, delfines, atún, así como especies indígenas tales como "Totoaba" y "Vaquitas", que son escasas y parecen estar en peligro de extinción. *Ver* J.C. Barrera, *The Conservation of Totoaba Macdonaldi (Gilbert)*; Pisces: Sciaenidae in the Gulf of California 16-20 (Bernardo Villa et. al. eds.); *Heavy Metal Concentrations in Heart, Liver and Kidney Tissues in the Vaquita Phocoena Sinus*, 64 Anuario del Instituto de Biología 61, 72 (1993).

145 La comunidad de la ciencia marina de EUA, ha tenido una fascinación por una década con los fenómenos oceanográficos asociados al Golfo de California, tales como la existencia de agujeros metalogenéticos, cañones en el lecho del mar, mareas extremadamente altas, el delta activo del río Colorado, nódulos de ferromanganeso y similares. Los fenómenos en el Golfo de California han generado una abundante literatura científica. En 1981, el Instituto Scripps de Oceanografía y el Instituto de Ciencias del Mar y Limnología de la UNAM publicaron una bibliografía conjunta conteniendo una lista de 4170 trabajos científicos marinos divididos entre veintisiete categorías científicas mayores. *Ver* Richard Schwartzlose & John R. Hendrickson, *Bibliography of the Gulf of California: Marine Sciences 1* (en prensa, en los archivo del autor).



Norte del Golfo, el régimen de altamar reglamentaba la parte baja, que permaneció abierta. Esta porción marina consistía del área mas allá del mar territorial mexicano de 12 millas en el interior del Golfo de California,[146] tal como estaba demarcado de conformidad con una combinación de tanto líneas de base normales como rectas siguiendo al Decreto de 1968.

Así, antes de 1976, tres diferentes regímenes legales se aplicaban al Golfo de California: 1) Una área de aguas interiores en el Norte que comprendía el área localizada detrás de las líneas de base rectas establecidas por el Decreto de 1968;[147] 2) Un mar territorial inicialmente de nueve millas marinas, y extendido a doce en 1969, medido desde las líneas de base correspondientes en el interior del Golfo, ya sea "normales" o "rectas"[148] y 3) un área de altamar, que comprendía la mayor parte de la porción baja del Golfo. El establecimiento de la ZEE no afectó los regímenes legales descritos en 1) y 2) anterior. Hoy día, México continúa reconociendo la parte norte del Golfo de California como "aguas marinas interiores", e impone los límites de un mar territorial de doce millas en la parte baja interior.[149] En lo que se refiere a la categoría 3), México abandonó el área de altamar por el régimen legal de la ZEE,[150] como lo establece la Parte V de la Convención de 1982.[151]

146 En 1968, cuando entró en vigor el Decreto de la línea recta de base, México reclamó un mar territorial de nueve millas marinas basado en su interpretación del artículo V del Tratado de Guadalupe Hidalgo de 1848, *supra* nota 1. La anchura de nueve millas marinas del mar territorial de México se estableció formalmente en 1935 por reforma del primer párrafo del artículo 18 de la Ley General de Bienes Nacionales, D.O. agosto 31, 1935. La misma Ley reformada en 1969 para establecer un mar territorial de doce millas marinas. *Ver* Decreto que reforma el primero y segundo párrafo de la fracción II del artículo 18 de la *Ley General de Bienes Nacionales*, *supra* nota 78.

147 "La parte norte del Golfo de California" como "aguas marinas interiores", LFM, *supra* nota 9, art. 36, fracc. I.

148 *Ver* Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, *supra* nota 142, art. 3.

149 Aún cuando el artículo 4, fracc. 6 de la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua obliga al Estado costero a dar "publicidad adecuada" e "indicar claramente" en las cartas marinas las líneas de base utilizadas a lo largo de sus costas, México no ha publicado una carta marina oficial que describa el trazo de las líneas rectas de base en el interior del Golfo de California de conformidad con su Decreto de 1968 sino hasta en fecha reciente. *Ver* Székely, *Derecho Internacional*, *supra* nota 76, en 68-73.

150 *Ver* VARGAS, *Terminología sobre el Derecho del Mar* 138, 144, *supra* nota 117.

151 *Ver* Convención de 1982, *supra* nota 11. art. 55-75.

A nivel internacional el establecimiento de la ZEE en 1976 obligó a México a negociar los acuerdos bilaterales necesarios con algunos de sus países vecinos,[152] tales como Cuba[153] y EUA.[154] El acuerdo con Cuba fue el primero que México negoció sobre la delimitación marina de su zona de 200 millas marinas, y sirvió como marco para el acuerdo subsecuente con EUA. El acuerdo estableció la línea fronteriza a través de un "principio de equidistancia", fórmula que utiliza líneas geodésicas que conectan coordenadas geográficas claramente establecidas. Sin parecerse al acuerdo con EUA, el Intercambio de Notas con Cuba no hace referencia al Datum de Norte América de 1927. Más aún, la línea fronteriza establecida también incluye la delimitación de la "plataforma continental de México y Cuba, si ésta existe."[155]

III. LAS CUESTIONES DE DELIMITACIÓN MARINA DE MÉXICO

Cuando México estableció su ZEE de 200 millas marinas, EUA estaba ya en proceso de crear SU propia "Zona Pesquera y de Conservación" de 200 millas marinas,[156] que tuvo efecto el

152 Aún cuando la ZEE de México tiene linderos con zonas marinas idénticas o similares pertenecientes a Cuba, Guatemala, Honduras y EUA. no se han celebrado acuerdos marinos de límite con Guatemala o Honduras.

153 *Ver* Acuerdo Complementario del 26 de julio, 1976, *supra* nota 122. Este acuerdo fue suscrito conjuntamente con un acuerdo que permitía a las embarcaciones cubanas el acceso a ciertos excedentes de pesca mexicana de conformidad con la disposición correspondiente del TUIN. Tanto el acuerdo sobre límites marinos como el acuerdo sobre pesca fueron cuidadosamente planeados y diligentemente ejecutados por México como ejemplo de una nación que estaba decidida a establecer su ZEE de 200 millas marinas. Esto no fue hecho como un acto unilateral divergente del derecho internacional, sino más bien como un acto de política oficial. Esta política cumplía con el gran apoyo mostrado por la comunidad internacional al TUIN como instrumento multilateral que refleja un consenso global.

154 *Ver infra* nota 159 y texto que se acompaña.

155 *Ver*. Acuerdo Complementario del 26 de julio de 1976, *supra* nota 122.

156 *Ver* Ley de Conservación y Administración Pesquera, pub. L. núm. 94-265, 16 U.S.C. Sección 1801 (1976) (reimpresa en 15 I.L.M. 634). *Ver* también William. T. Burke, *Fishery Management and the New Law of the Sea*, 76 A.M. J. INT'L L. 24,55 (1982); Warren G. MAGNUSON, *The Fishery Conservation and Management Act of* 1976; *First Step Toward Improved Management of Marine Fisheries*, 52 Wash. L. l. Rev. 427 (1977). Para un análisis de las implicaciones de la Ley para México, *ver*. Jorge A. Vargas, *México y la Zona de Pesca de Estados Unidos*, (Méx. 1979).

lo. de mayo de 1977[157] menos de un año después de que México adoptara oficialmente su ZEE.[158] Como resultado, las delegaciones de EUA y México acordaron establecer una "frontera provisional" en el Golfo de México y el Océano Pacífico con objeto de delimitar la frontera externa y lateral de dos espacios marinos legalmente separados, la Zona Pesquera y de Conservación respecto a la ZEE de México. Este acuerdo fue incluido en el Intercambio de Notas del 24 de noviembre de 1976.[159] Ambos países, "deseosos de evitar las inseguridades y problemas que pudieran surgir del *carácter provisional* de las presentes fronteras marítimas entre doce y doscientas millas marinas mar adentro," suscribieron el Tratado sobre los Límites Marinos en la Ciudad de México el 4 de mayo de 1978.[160]

En cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución mexicana, dos terceras partes del Senado ratificaron el Tratado,[161] que pronto se convierte en "Ley Suprema de toda la Unión".[162] La legislatura mexicana completo exitosamente el convenio, creando un "tratado constitucionalmente perfecto". Sin embargo, el proceso legislativo en EUA resultó ser más difícil. Una vez que el tratado fue suscrito por Cyrus Vance[163] en Tlatelol-

157 Ley de Conservación y Administración. Pub. L. 94265 Sección 2(b)(1), 16U.S.C. Sección 1801 (1976).

158 De conformidad con el artículo "transitorio" del Decreto que reformó el artículo 27 de la Constitución de México. D.O., febrero 6, 1976, la ZEE de México entró en vigor el 6 de junio de 1976, 120 días después de su publicación.

159 Intercambio de notas, *supra* nota 3. *Ver* también, *Acuerdo para el reconocimiento provisional de las Fronteras Marítimas entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América en ambos Litorales*, Relación de los Tratados en Vigor, *supra* nota 59, en 45.

160 *Tratado sobre las Fronteras Marítimas entre los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos, supra* nota 4. (Las cursivas son del autor).

161 La fracción I del artículo 76 de la Constitución Mexicana incluye entre las "facultades exclusivas del Senado" la de aprobar los tratados internacionales y las convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión. *Ver* Const. Mex., art. 76 fracción I.

162 El artículo 133 de la Constitución de Mexico establece en parte "Esta Constitución... y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión". Const. Mex., art. 133.

163 En una carta dirigida al presidente Carter, el Secretario Cyrus Vance apuntó que "después de un año de experiencias con las fronteras marítimas provisionales ambos gobiernos llegaron a observar que el *trabajo técnico previamente contemplado era innecesario y que ambos estaban satisfechos de que las fronteras marítimas provisionales deben convertirse en permanentes*." Carta del Secretario de Estado Cyrus Vance al presidente Jimmy Carter, (dic. 27, 1978), 96ª Legislatura, 1ª Sesión (1978), (Las cursivas son del autor).

co, el Presidente Carter, buscando apoyo y consentimiento, lo entregó al Senado de EUA. El tratado fue introducido al piso del Senado de EUA el 5 de agosto de 1980[164] y el Comité de Relaciones Exteriores del Senado rindió un dictamen favorable.[165] Sin embargo el 16 de septiembre de 1980, el Senado pospuso indefinidamente el asunto del tratado cuando surgieron ciertas cuestiones relativas a los ricos depósitos de hidrocarburos y gas natural en la parte más profunda del Golfo de México.[166] En parte, estas cuestiones surgieron como respuesta a una afirmación del Dr. Hollis D. Hedberg, un ejecutivo retirado de la Gulf Oil Corporation y profesor emérito de geología de la Universidad de Princeton.[167]

Los argumentos del doctor Hedberg pueden separarse en tres partes. Primero, argumentó que la metodología que utilizaron ambos países para demarcar la frontera marina en el Golfo de México era defectuosa técnicamente. Se opuso vigorosamente a la utilización del Arrecife Alacrán, cercano a las costas de Yucatán, como punto de base para la determinación de la línea equidistante.[168] Segundo, propuso no utilizar las is-

164 *Three Treaties Establishing Maritime Boundaries Between the United States and Mexico, Venezuela and Cuba: Hearings on S. Exec. Rep. No. 96.49 Before the Comm., on Foreing Relations*, 96th. Cong., 2ªSesión, en 20 (declaración de Mark Feldman, Asesor Legal Asistente, Departamento de Estado de EUA), (en adelante, la Declaración Feldman).

165 *Id.* en 3-4.

166 *Ver* 126 Cong Rec. S12,711,, en 25,550 (1980).

167 *Three Treaties Establishing Maritime Baoundaries Between the United States and Mexico, Venezuela and Cuba: Hearings on S. Exec. Rep. No. 96.49 Before the Comm. on Foreign Relations*, 96th. Cong., 2ª Sesión, en 28-33 (declaración de Hollis Hedberg, profesor emétiro de Geología, Universidad de Princeton) (en adelante, Declaración Hedberg. Ver también H.D., Hedberg, *Evaluation of the U.S.-Draft Treaty on Boundaries in the Gulf of Mexico*, 14 Marine Tech, Soc'y. J 1,32,37 (1980).

168 La Declaración Hedberg, *supra* nota 167, en 29, 32. *Ver* tambén Karl M. Schmitt, *The problem of Maritime Boundaries in U.S. Relations*. 22 Nat'l Resource J. 138,153 (1982).

las mexicanas para demarcar la frontera marina.[169] Tercero, afirmó que los datos geológicos indicaban la presencia de "una de las superficies (en acres) con prospectivas petroleras más promisorias, aun cuando están en aguas profundas fuera de las costas de EUA en cualquier parte, en un área marina localizada en la porción central del Golfo de México." En los términos del artículo I del Tratado, esta rica área submarina estaba situada al sur de la frontera marina, dentro de la ZEE de México. Arguyó que, en razón del uso impropio del Arrecife Alacrán, EUA "sería necesariamente privado... de la mayor parte de toda la parte noroeste de aguas profundas del Golfo de México —cerca de 25,000 millas cuadradas..."[170] Como conclusión, el doctor Hedberg "exhorto enfáticamente el que la propuesta de tratado se rechazara."[171]

Los argumentos del doctor Hedberg no tienen fundamento legal.[172] El derecho internacional del mar ha aprobado desde hace tiempo la práctica de utilizar las islas para demarcar los

169 El doctor Hedberg propuso que "la base de la falda continental debe ser la guía fundamental para las fronteras en el lecho marino", y que "dependencias isleñas situadas en la plataforma continental y las faldas no deben controlar las fronteras nacionales más allá de la base de la vertiente continental". Declaración escrita de la Manifestación Hollis D. Hedberg, *supra* nota 167, en 33. *Ver* también Hedberg, *Ocean Floor Boundaries*, 204 Science 135 (1978).

170 Manifestación Hedberg, supra nota 167, en 32.

171 *Id.* en 33.

172 En su testimonio anate el Comité de Relaciones Exteriores del Senado de EUA, Mark B. Feldman refutó los argumentos presentados por Hedberg. Respecto al mayor argumento relativo a la utilización de las islas como puntos de base para la línea fronteriza en el Golfo de México, Feldman dijo: Esta práctica la utilización de las islas sigue el precedente del Tratado de 1970, pero se arguye que el acuerdo da a México un área mayor en las aguas profundas de la parte central este del Golfo que debería ser el caso. Al considerar este tema, el Comité debe notar que el uso de las islas como puntos de base proporciona a los Estados Unidos áreas importantes en el Pacífico a partir de las islas de California. Estas áreas del Pacífico tienen potencial de hidrocarburos y son de considerable interés para los pescadores de EUA. Puede ser que existan también hidrocarburos en el lecho del mar en las aguas de la parte central este del Golfo, pero estas áreas están en aguas profundas y no serán explotadas en algunos años. No existen explotaciones pesqueras importantes en esa área. Antes de celebrar este convenio, el Departamento de Estado solicitó la mejor asesoría disponible, incluyendo científicos de la U.S. Geological Survey y en el Instituto Oceanográfico Woods Hole y la industria pesquera de EUA.

espacios marinos bajo la jurisdicción o soberanía del estado costero.[173] A mayor abundamiento, cuando México propuso a los Estados Unidos que el segmento de "la frontera provisional" en la parte Oeste del Golfo de México,[174] después de que habían concluido dos sesiones de negociación entre las delegaciones de cada país,[175] ambos gobiernos acordaron negociar la frontera con base en las disposiciones del TUIN.[176] El artículo 132 del TUIN establece que las islas[177] no sólo tienen sus espacios marinos tradicionales, tales como el mar territorial, una zona contigua y una plataforma continental, sino también una ZEE de 200 millas marinas. Sin embargo, "las rocas que no pueden sostener habitación humana o vida económica propia,"[178] pueden no tener una ZEE o plataforma continental. México entonces simplemente aplicó los principios legales enunciados en el artículo 132 al Arrecife Alacrán.[179] Sobre el particular, los autores Feldman y Colson apuntan que "los representantes de EUA concluyeron que, con base en la información proporcionada por México, que la isla mexicana en cuestión, Arrecife [sic] Alacrán, era capaz de sostener la prueba de ser isla."[180]

México tenía un derecho para utilizar estas islas con fundamento en el acuerdo al que se llegó sobre este tema específico

173 *Ver* el Caso Pesquero Anglo-Noruego (Reino Unido y Noruego) 1951 I.C.J. 8; Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua, abril 29, 1958, EUA-MÉX., art. 4, 15 U.S.T. 1606.

174 *Ver* Intercambio de Notas, *supra* nota 3, en 197, 199-200.

175 *Ver* Zsékely, *Commentary, supra* nota 120, en 156.

176 *Ver* TUIN, *supra* nota 106. El artículo 61 establecía que la delimitación de 200 millas marinas entre los estados con costas adyecentes u opuestas deben hacerse "sobre la base de principios de equidad y mediante el uso de la línea media o equidistante." *Id. Cf.* Convención de 1982, art. 74, fracción I, *supra* nota 11.

177 En los términos de la Convención de 1982, una isla "es un área de tierra formada natualmente, rodeada de agua, que está arriba del agua en la marea alta." Convención de 1982, *supra* nota 11, art. 121, fracción 1.

178 TUIN, *supra* nota 106, art., 132; Convención de 1982, *supra* nota 11, art. 121, fracción 3.

179 Recientemente, Székely afirmó: La primera propuesta de una carta conteniendo el trazo de la línea divisoria [en el Golfo de México fue trazada a partir de las susodichas islas mexicanas a partir de las costas de Yucatán]. No hubo discusión durante estas pláticas sobre el tema de las islas.

180 Feldman y Colson, *Maritime Boundaries*, *supra* nota 120, en 156.

con los negociadores de EUA.[181] México procedió entonces a utilizar el TUIN para llegar a un acuerdo con los resultados logrados en aquel tiempo por UNCLOS III. En 1980, México creía firmemente que los principios del TWIN, ahora incorporados en la Convención de 1982, eran ya parte del derecho internacional consuetudinario.[182]

El "dar pleno efecto a las islas" para demarcar las fronteras marinas de EUA con México "fue percibido como consistente con los intereses de EUA en otras situaciones fronterizas."[183] Ha sido expresamente reconocido que:

> Utilizar las islas de EUA cerca de las costas de California (i.e. San Clemente, San Nicolás y Santa Cruz), claramente benefició a los Estados Unidos en el Pacífico, mientras que el utilizar a las islas mexicanas más pequeñas cerca de las costas de Yucatán benefició a México en el Golfo de México. En ese tiempo, se pensó que esta solución era en el mejor interés de ambos países.[184]

Como una cuestión de política oficial, EUA utiliza las islas que posee para aumentar sus intereses en la demarcación de sus fronteras marinas.[185] De esta manera, darle pleno efecto a las islas, por ejemplo, benefició a EUA en la delimitación de

181 *Ver* SZÉKELY, *Commentary, supra* nota 120, en 156.

182 *Id.* en 151-58.

183 FELDMAN y COLSON, *Maritime Boundaries, supra* nota 126 en 744. Al respecto, el doctor Smith escribió: "Visto desde la perspectiva de todas las fronteras marinas de EUA, *la frontera México-EUA propuesta es consistente con los intereses norteamericanos* y la política prevalente *de que las fronteras marinas se establecen por acuerdo y de conformidad con principios de equidad*" Smith, supra nota 126, en 744.

184 FELDMAN y COLSON, *supra* nota 126, en 744.

185 El límite de Conservación y Administración de la Zona Pesquera de 200 millas fue anunciada en el *Federal Register*, marzo 7 de 1977. Como consecuencia de estos límites, la determinación de la posición de EUA en cada situación fronteriza tenía que ser consistente con "los intereses politicos, de seguridad y económicos y justificables para el derecho internacional". Concretamente, estas fronteras tenían que trazarse "bajo principios de derecho internacional y la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Plataforma Continental, [y] *las fronteras marinas entre los estados adyecentes y opuestos se determinarán por convenio de conformidad con principios de equidad,* y cada estado tiene *la obligación de negociar de buena fe con sus vecinos* con objeto de llegar a un acuerdo sobre la frontera entre sus respectivas jurisdicciones." Feldman y Colson, *Maritime Boundaries, supra* nota 126, en 743 (las cursivas son del autor).

los espacios marinos con México y Cuba.[186] El uso benéfico de sus numerosas islas, incluyendo Puerto Rico, las Islas Vírgenes, Hawaii, Midway, Johnstone Atoll, Samoa Americana, la Isla Jarvis, Cayo Kingman y Palmira Atoll, las islas Howland y Baker, la Isla Wake y Guam ha permitido a EUA el tener la ZEE de 200 millas marinas más grande del planeta.[187]

En lo que respecta a la metodología para delimitar espacios marinos, no es sorprendente que EUA y México compartan muchos principios legales y técnicos. En 1970, por ejemplo, ambos países negociaron la frontera internacional marina para ampliarla a doce millas marinas en el Océano Pacifico y el Golfo de México[188] utilizando principios mutuamente acordados. Estos principios incluían: 1) el uso del principio de equidistancia; 2) el uso de las islas; 3) la simplificación de la línea fronteriza resultante por razones prácticas; y 4) el uso de puntos geodésicos, marcados por coordenadas de longitud y latitud basados en el Datum de Norteamérica de 1927 como un componente técnico esencial en el trazado de la frontera final en una carta náutica.

Casi desde su concepción, el IBWC ha utilizado una metodología que combine tanto principios similares y técnicos conoci-

186 El intercambio original de notas con Cuba en julio de 1976 fue elevado posteriormente a la categoría de tratado formal. El Acuerdo de Frontera Marina con la República de Cuba fue firmado en Washington, D.C., el 16 de diciembre de 1977; sin embargo, el Senado de Estados Unidos no lo votó. *Ver Three Treaties Establishing Maritime Boundaries Between the United States and Mexico, Venezuela, and Cuba: Hearings on S. Exec. Rep. No. 96-49 Before the Comm. on Foreign Relations*, 96th. Cong., 2a. Sess., 3,4 en lo sucesivo *Audiencias*; 126. CONG. REC. S12,712 (1980), en 25, 718-19.

187 Como lo afirma Smith, "el área comprendida por esta extensión de jurisdicción marina incluye aproximadamente 2,222,000 millas marinas cuadradas a partir de los cincuenta estados y 885,000 millas cuadradas a partir de las costas de las posesiones y posesiones." Smith, *supra* nota 6, en 395. *Ver* también Feldman y Colson, *Maritime Boundaries, supra* nota 126, en 744.

188 *Ver* el Tratado para resolver las diferencias marinas pendientes y mantener el rio Grande y el rio Colorado como la frontera Internacional entre los Estados Unidos y México, nov. 23, 1970, U.S.-Méx., en 23, U.S.T., 371. *Ver* también *Office of the Geographer, U.S. Dept. of State, Bureau of Intelligence and research, Maritime Boundary*, Mex.-US. 45 (1972).

dos como *mutatis mutandis*.[189] El Tratado del Chamizal[190] y el Tratado para la Eliminación de las Riberas a lo largo del Río Grande[191] son ejemplos de acuerdos logrados entre EUA y México en la simplificación de la demarcación de las fronteras internacionales. Resolver este tipo de problemas complicados a lo largo de una de las fronteras bilaterales más grandes y con mayores retos técnicos en el Hemisferio Occidental ha dotado a estas dos naciones con una experiencia sin igual en el análisis de delicados puntos de demarcación, a pesar de los puntos de partida emocionales e históricos de su relación. Hasta la presente situación, ambas naciones siempre tuvieron éxito en llegar a soluciones equitativas, objetivas, y técnicamente eficientes. Esta historia explica el paso acelerado y el resultado exitoso del proceso muy complicado de negociación para la demarcación de una frontera de 200 millas marinas. Sobre las cuestiones técnicas, es apropiado recordar la enfática afirmación de los funcionarios del Departamento de Estado de EUA en el sentido de que "la línea fronteriza propuesta por México "está basada en la metodología utilizada para el trazado de la frontera de doce millas marinas en el Tratado de 1970 entre EUA y México."[192]

Para favorecer[193] el mandato oficial de México para establecer límites a la jurisdicción pesquera de sus 200 millas mari-

189 Por ejemplo, las coordenadas de longitud y latitud fueron utilizadas por vez primera en la demarcación de la frontera internacional entre ambos países, de conformidad con el Tratado Guadalupe Hidalgo de 1848 y la Compra Gadsden de 1853, *supra* nota 1.

190 Convención para la Solución el Problema del Chamizal, agosto 29, 1963, U.S.-Mex-. 15 U.S.T. 21.

191 Convención para la Rectificación del Río Grande (Río Bravo del Norte) en el Valle El Paso-Juárez, febrero 1, 1933, U.S.-Méx. T.S. 864.

192 FELDMAN y COLSON, *Maritime Boundaires, supra* nota 126, en 740. Estos autores explican que la rápida aceptación de la "línea fronteriza Mexicana" por el equipo negociador de los EUA no sólo se debió al hecho de que la metodología aplicada era la correcta desde el punto de vista legal y técnico, sino también porque la línea propuesta era *considerada consistente con los intereses de los recursos [de EUA]*" (las cursivas son del autor).

193 *Ver* Notice Establishing the Limits of Fishery Conservation Zone. (Aviso que establece los límites de la Zona Pesquera de Conservación) 42 Fed. Reg. 12,937-40 (1977); 16 U.S.C. Sección 1811. Para los avisos sucesivos que han corregido errores o han hecho modificaciones en el aviso original de delimitación, *ver* 42 Fed. reg. en 24,134 (1977); 43 Fed. reg. en 8606 (1978); 44 Fed. Reg. en 74,956 (1979).

nas, EUA en el Intercambio de Notas de 1976 acordó las fronteras propuesta en el Golfo de México y el Océano Pacífico, pero sólo como una "frontera provisional".[194] Una vez que ambos países determinaron que las coordenadas propuestas "eran adecuadas para una frontera definitiva," México y los EUA traspolaron esas mismas coordenadas al tratado formal preparado dos años más tarde en la Ciudad de México.[195]

¿El hecho de que el Senado de EUA no haya actuado respecto al Tratado de 1978 con México significa que niega la frontera marina enunciada en el Intercambio de Notas de 1976, o esa frontera permanece vigente precisamente porque el Senado se negó a actuar? Es evidente que el Intercambio de Notas no ha perdido su principal objetivo, ni su fuerza vinculatoria legal.[196]

Como se ha reportado, ambos países negociaron este acuerdo de buena fe y utilizaron un método para la demarcación de la frontera marina que está en total simetría, tanto jurídica como técnicamente, con el principio de equidistancia, el uso de las islas, y la simplificación práctica de los resultados. Aún más, ambas partes acordaron plenamente la utilización de este método y lo han aplicado exitosamente a demarcaciones delicadas en el pasado.[197] En consecuencia, la frontera es legal y técnicamente impecable.

Desde la perspectiva del derecho internacional, una frontera marina contenida en un acuerdo bilateral no puede ser cuestio-

194 *Ver supra* nota 159 y texto que se acompaña.

195 *Ver* el Tratado sobre Fronteras Marinas, *supra* nota 4. *Ver* también Feldman y Colson, Maritime Boundaries, *supra* nota 126, en 740. Estos autores reportan que "el acuerdo de [1976] no se plasmó en la forma de tratado porque las partes deseaban considerar si era necesario un mayor trabajo técnico para establecer una frontera cinetífica más precisa." *Id*.

196 Sobre esta cuestión, Feldman y Colson son de la opinión de que *"el intercambio de notas permanecerá vigente hasta que entre en vigor un tratado*, o hasta que cual-quiera de los gobiernos actúe efectivamente para terminar el acuerdo" [ya que el intercambio de notas de 1976 no contiene una estipulación específica respecto a la terminación, su terminación unilateral sería regulada por la ley internacional consuetudinaria]. Feldman y Colson, *Maritime Boudaries, supra* nota 126, en 740. (las cursivas son del autor).

197 Para ver algunos de estos casos, *ver supra* notas 189-92 y texto que se acompaña.

nada ni puesta en duda salvo que esté en clara violación de tanto los principios legales aplicables que norman las cuestiones de delimitación de fronteras como de las consideraciones técnicas acordadas por las partes. Por ende, aun si una frontera marina válidamente trazada no está acorde con las expectativas políticas, económicas, militares o diplomáticas de alguna de las partes, debe permanecer vigente y en vigor.

A. *La Plataforma Continental en el Golfo de México: Una propuesta para su delimitación*

Volviendo ahora al último de los espacios marinos de México establecidos legalmente, la "plataforma continental o insular", el artículo 57 de la LFM establece que la Nación mexicana ejerce sobre estos espacios submarinos "derechos de soberanía a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales."[198] En términos generales, el contenido legal de estas disposiciones relativas a este espacio marino sigue de cerca la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental de 1958[199] y la Convención de 1982.[200]

México toma su definición de la plataforma continental, enunciada en el artículo 62 de la LFM, directamente del artículo 76, párrafo I de la Convención de 1982. Esta definición se aplica a las "islas", definidas en el artículo 121 de la Convención de 1982. La LFM establece expresamente que "las islas gozan de plataforma insular", mientras que "las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia" no la tienen.[201] Sin embargo, la oración final del artículo 62 establece que esta definición se aplica no sólo a las islas, sino también a los "cayos y arrecifes que forman parte del territorio nacional."[202]

198 LFM, *supra* nota 9, art. 57.

199 Convención sobre la Plataforma Continental, abril 29, 1958, U.S.-Méx., 15 U.S.T. 471 (entró en vigor el 10 de junio de 1964). México se adhirió a ella el 2 de agosto de 1966; *ver* diciembre 16, 1966. En particular los artículos 58 y 59 de la LFM parecen inspirados en los párrafos 2 y 3, respectivamente, del artículo 2 de esta Convención.

200 *Ver* Convención de 1982, *supra* nota 11, arts. 76-85.

201 LFM, art. 63 fue copiado de la Convención de 1982, art. 121, sección 3.

En aquellos lugares donde el límite exterior de la ribera continental de la plataforma continental o plataformas insulares no se extiende a 200 millas marinas, el artículo 65 de la LFM, en concordancia con el artículo 76, párrafo I de la Convención de 1982, establece que el límite exterior de las citadas plataformas coincidirá idénticamente con el límite exterior "del suelo" de las 200 millas marinas de la ZEE, tal como aparece en las cartas oficiales.[203]

La demarcación de la frontera de 200 millas marinas entre los EUA y México plantea una intrigante cuestión para los especialistas de derecho internacional. Desde su concepción, México y los EUA acordaron que la frontera marina original "provisionalmente" reconocida por ambos países en 1976, no se aplicaba a la plataforma continental. La nota diplomática enviada por el doctor Alfonso García Robles, entonces Secretario de Relaciones Exteriores, al Embajador de EUA el 24 de noviembre de 1976, es explícita en este asunto:

> Me tomó la libertad de apuntar que nuestros dos países no han delimitado a la fecha sus respectivas plataformas continentales mas allá de 12 millas marinas mar adentro de sus respectivas costas, y que el presente acuerdo respecto a las fronteras marinas, basado en el Tratado para Resolver las Diferencias sobre Fronteras y Mantener el Río Grande y el Río Colorado como la frontera internacional, celebrado en 1970, *sólo extiende la frontera marina a 12 millas marinas.*[204]

La declaración de México de que ambos países tenían todavía que acordar una delimitación precisa de sus plataformas

202 LFM, supra nota 9, art. 62.

203 *Id.*, art. 65.

204 Intercambio de notas, *supra* nota 3, en 199 (las cursivas son del autor). En respuesta, el embajador Joseph John Jova estuvo de acuerdo con el tenor general de la nota, formalizando así el acuerdo.

opuestas y adyacentes tiene una trascendencia directa en el trazado de las fronteras submarinas en el Golfo de México y el Océano Pacífico. Indiscutiblemente, este ejercicio diplomático constituye una negociación seria y sensata no sólo por las implicaciones económicas, tecnológicas y de seguridad nacional, sino también a la luz de las posiciones legales contrastantes concernientes al área internacional del lecho del mar más allá de los límites de la jurisdicción nacional, una región comúnmente conocida como el Área.[205] Mientras México apoya el Área y la noción de "patrimonio común de la humanidad",[206] los EUA han dado a ambos conceptos una interpretación legal diferente desde los orígenes de las negociaciones del derecho del mar.[207]

El examen de las consecuencias de la delimitación marina en el Golfo de México revela que las líneas fronterizas exteriores de la ZEE de 200 millas marinas de las costas de los EUA[208] y México no se traslapaban en el centro del Golfo de México porque la distancia entre los dos países en esta área excede 400 millas marinas. En consecuencia, una porción relativamente pequeña del fondo y lecho del mar, su subsuelo y las aguas que lo cubren, localizadas en medio del Golfo, permanecían fuera d e las zonas de 200 millas marinas respectivas. En una declaración preparada hecha al Senado de EUA, Mark B. Feldman, asesor legal asistente al Departamento de Estado de EUA, describió la situación como sigue:

205 *Ver* la Convención de 1982, pt. XI, arts. 133-91, *supra* nota 11.

206 *Ver* fuentes citadas *supra* nota 59.

207 Para una colección de documentos hechos durante la administración del presidente Reagan sobre las cuestiones del lecho del mar y la parte XI del borrador de la Convención de 1982, *ver* Declaración del presidente, *U.S. Policy and the Law of the Sea*, enero 29, 1982, Dept. St. Bull, marzo 1982, en 54; White House Fact Sheet, enero 29, 1982, en 54-55 (que acompaña la Declaración del presidente). Declaración del embajador James L. Malone, representante especial del presidente, ante el U.S. House Merchant Marine and Fisheries Committee, febrero 23, 1982, en 61-63; Declaración del Presidente, julio 9, 1982, agosto 1982, en 71; Declaración del Embajador J. L. Malone ante el U.S. House Foreign Affairs Committee, agosto 12, 1982, en octubre 1982, en 48-50.

208 Proclamación del presidente Ronald Reagan, Washington, D.C., marzo 10, 1983. Proclamación No. 5030, 48 Fed. Reg. 10,605 (1983). Basado en esta proclamación, los EUA adoptaron una ZEE de 200 millas marinas. Legalmente la ZEE de EUA substituyó la zona de conservación pesquera original.

> En el centro del Golfo de México hay un *área de navegación de bolina de aproximadamente 129 millas marinas de extensión donde no existe una frontera pesquera entre los dos países*. En esta área las costas de los dos países opuestas una a la otra están separadas por más de 400 millas marinas, donde nuestras zonas pesqueras no se traslapan. *No hemos trazado una frontera de la plataforma continental en esta área hasta este momento porque el límite de la ribera exterior del margen continental es un asunto que está en este momento en negociación activa en la Tercera Conferencia sobre el Mar de las Naciones Unidas*. Por respeto a esos proceso y en vista del hecho de que la profundidad de las aguas en esta área no admite fácilmente la explotación en el presente, *se decidió que no existe una necesidad inmediata de determinar una frontera en esta área*. Tenemos la intención de mantener este asunto en constante revisión y en el momento en que sea apropiado estableceremos una frontera marina con México en esta área.[209]

La demarcación de las fronteras exteriores de las respectivas zonas de 200 millas marinas en 1976 crearon una "ventana" de forma parecida a un triángulo, con el segmento de 129 millas marinas en el Norte como su base y la intersección de los dos arcos de 200 millas marinas trazados de las líneas propias de base a partir de las costas de Yucatán y Texas como el vórtice, apuntando hacia el Sur (*Ver* mapa B).[210] Desde la perspectiva de México, esta ventana consistente del lecho marino y subsuelo es parte del Área, y las aguas correspondientes que lo cubren son "alta mar".[211] México afirmaría que esta área marina debe regularse por las Partes XI y VII de la

209 *Ver Declaración* Feldman, *supra* nota 164, en 11 (las cursivas son del autor).

210 HEDBERG, en su declaración preparada ante el Senado de EUA, sugirió que esta área puede comprender más o menos 25,000 millas cuadradas, *Ver Hearings*, *supra* nota 186, en 29.

211 Este argumento fue señalado por Székely en su *Comentario*, *supra* nota 120, en 158.

Convención de 1982, aplicable al Área y a Alta Mar respectivamente. En consecuencia como el régimen controlador en esta área es la Convención de 1982, está fuera de la esfera de cualquier acuerdo bilateral entre México y los EUA.

Esta posición conduciría a la conclusión legal de que el triángulo submarino localizado en el fondo del Golfo de México está sujeto a los principios que se apegan al régimen legal del Área, tal como se formulan en la parte XI de la Convención de 1982.[212] Por ejemplo, el Área y sus recursos constituyen el "patrimonio común de la humanidad";[213] ningún Estado reclamará o ejercerá soberanía o derecho soberano sobre cualquier parte del Área o sus recursos;[214] el Área estará abierta a su utilización sólo para fines pacíficos por todos los Estados;[215] ningún Estado o persona física o moral podrá reclamar, adquirir o ejercer derechos respecto a los minerales que se extraigan del Área salvo lo previsto en la Parte XI de la Convención;[216] y la investigación científica marina en el Área se llevará a cabo exclusivamente con fines pacíficos y en beneficio de la humanidad.[217] Hasta fecha reciente, los EUA han presentado objeciones serias a la Parte XI de la Convención de 1982.[218] A mayor abundamiento, si el área triangular en cuestión es parte del Área, entonces cualquier exploración o explotación comercial de sus recursos minerales, principalmente hidrocarburos y gas natural, deben ser regulados por la autoridad Internacional del Lecho del Mar de conformidad con la Convención de 1982.[219]

212 *Ver* Convención de 1982, *supra* nota 11, art. 1, sección 1, pts. 1-3 en 133, 136-49.

213 *Id.* artículo 136.

214 *Id.* artículo 137, sección 1.

215 *Id.* artículo 141.

216 *Id.* artículo 137, sección 3.

217 *Id.* artículo 143, sección 1.

218 En relación con las principales objeciones presentadas por la administración de Reagan contra la parte XI, *ver* las fuentes citadas en *supra* nota 208. Recientemente estas objeciones mayores han sido "substancialmente acomodadas" en un acuerdo como anexo al UN Doc. A/48/950 (1994), acordado por un voto de 121 a favor incluyendo los EUA y casi todas las naciones industrializadas, ninguno en contra, y siete abstenciones. GA Res. 48/263 (julio 28, 1994 [en lo sucesivo el Acuerdo de 1994]. *Ver* Bernard H. OXMAN, *Law of the Sea Forum: The 1994 Agreement on Implementation of the Seabed Provision of the Convention on the Law of the Sea*. 88. AM. J. INT'L. L. 687.714 (1994).

Tres factores sugieren que México puede adherirse a este enfoque. El primero es el apoyo fuerte y sostenido que México dió a la formación de un nuevo régimen legal para los océanos. Este apoyo fue evidente a través de las negociaciones de UNCLOS III, que concluyeron con la Convención de 1982.[220] Durante décadas, México ha mostrado interés en el desarrollo progresivo y la codificación del derecho del mar, tanto a nivel regional como global, lo que explica, en parte, el reconocimiento de la comunidad legal internacional de varios de los Secretarios de Relaciones Exteriores de México como especialistas en el derecho del mar.[221] El segundo es la contribución hecha por México hacia la definición de los conceptos del Área y el "patrimonio común de la humanidad"[222] así como su papel en la formulación de la Convención de 1982. Tercero, la tradición de México favoreciendo el Derecho Internacional[223] especialmente en asuntos concernientes al derecho del mar,[224] apoyan la conclusión de que México estaría abierto a un enfoque acorde con la Convención de 1982.

En contraste, los EUA podrían tomar una postura diferente. La política oficial de EUA ha sido la oposición a las naciones del Área, la Autoridad y la Empresa tal como están establecidas actualmente en la Parte XI de la Convención de 1982.[225] Si esta política de EUA se extendiera al área triangular submarina en medio del Golfo de México, más allá de los límites

219 *Ver* Convención de 1982, *supra* nota 11, artículos 151-153.

220 *Ver supra* nota 59.

221 Por ejemplo, Alfonso García Robles, Jorge Castañeda y Bernardo Sepúlveda.

222 *Ver* SZÉKELY, *Derecho Internacional, supra* nota 76, en 183-204.

223 *Id.* en 125-48; *ver* también *supra* nota 59.

224 México es en este momento parte en 51 convenciones internacionales sobre el derecho del mar, contaminación marina, cuestiones de pesca y conservación oceanográfica, navegación o marina. *Ver* Relación de Tratados en Vigor, *supra* nota 13, 59, en XXIV-XXVI.

225 La mayor parte de las objeciones planteadas por los EUA y otros estados industriales parecen haberse resuelto por el Acuerdo de 1994, *ver supra* nota 159 y texto que se acompaña.

de la jurisdicción nacional, surgen un número de interesantes situaciones hipotéticas. Al ejercer derechos derivados del concepto de alta mar, EUA podría argumentar que tiene el "derecho de capturar y explotar" los recursos minerales actuales en el lecho del mar y el subsuelo, de la misma manera que tiene el derecho de capturar y explotar peces y otros recursos vivos en las aguas que cubren esa área triangular de conformidad con el régimen de alta mar.[226] México consideraría esta postura como violatoria del derecho convencional internacional tal como está reflejado en la Convención de 1982.[227]

En una nota diplomática del 24 de noviembre de 1976, el doctor García Robles señaló a los EUA que "nuestros dos países no han delimitado todavía sus plataformas continentales respectivas mas allá de 12 millas marinas hacia el mar de sus respectivas costas".[228] Por lo menos uno de los representantes de EUA estuvo de acuerdo con la observación del doctor García Robles.[229] No obstante la siguiente declaración fue publicada en un artículo cuyos autores son dos representantes del Departamento de Estado de EUA:

> Ningún Estado ha definido aún su postura respecto a la extensión de su plataforma continental en la parte central del Golfo donde las costas opuestas estén separadas por más de 400 millas marinas, *pero es muy probable que los dos Estados [México y los Estados Unidos] tengan una frontera sobre la plataforma continental en esa área.*[230]

EUA y México deberían demarcar sus respectivas plataformas continentales más allá de doce millas marinas hacia el "margen externo del margen continental, o a una distancia de 200 millas marinas... donde el límite exterior del margen continental no se extienda hacia esa distancia."[231] La delimitación de esta importante área submarina es imperativa por razones legales, económicas y de seguridad nacional. Por consiguiente, la cuestión no es por qué o cómo, sino cuándo ocurrirá esta delimitación.

Las declaraciones de Feldman y Colson sugieren que estudios geológicos recientes han determinado que la porción central más profunda del Golfo de México es un área donde el límite exterior del margen continental se extiende más allá de una distancia de 200 millas marinas. En este caso, ambos países tendrán que acordar sobre un método para dividir esta área. Esta división establecería la frontera legal bilateral de las plataformas continental respectivas (incluyendo el margen continental) en medio del Golfo de México.[232]

Estudios recientes indican que la cuenca del Golfo de México es un fenómeno geológico único, descrito como "una de las pri-

226 Muchos estados industrializados han tomado la postura de que la libertad en altamar, establecida en la parte VII de la Convención de 1982, incluye la libertad de minar el lecho y el fondo del océano. *Ver* también en *términos generales* las fuentes citadas en *supra* nota 218.

227 Una interpretación más extrema sería que las acciones de EUA estarían en violación del derecho internacional consuetudinario.

228 Para el texto de la nota diplomática mexicana, *ver supra* nota 159 y texto que se acompaña.

229 En una nota diplomática dirigida a México, el Embajador Jova de EUA escribió: En respuesta es un honor informarle que *la propuesta planteada en Su Nota es aceptable para el gobierno de los Estados Unidos.* Por lo tanto *convengo en que su nota y esta respuesta constituyen un Acuerdo entre nuestros dos Gobiernos*, que será efectivo a partir de la fecha de esta respuesta. *Id.* en 202 (las cursivas son del autor)

230 FELDMAN y COLSON, *Maritime Boundaries, supra* nota 126, en 734 (las cursivas son del autor). El señor Feldman actualmente tiene su despacho privado en Washington, D.C. Con anterioridad, fue Asesor Legal Asistente del Departamento de Estado de EUA y responsable del programa de las fronteras marinas de EUA. El señor Colson es Asesor Legal Asistente del Departamento de Estado para los Océanos, Medio Ambiente Internacional y Asuntos Científicos.

231 Convención de 1982, *supra* nota 11, artículo 76, sección 1.

232 Sobre esta cuestión técnica, debe darse especial atención a la oportuna compilación científica titulada *The Gulf of Mexico Basin*, editada por el Departamento de Ciencias Geológicas de la Universidad de Texas en Austin, y publicada bajo los auspicios de The Geological Society of America. El estudio comprende "la localización estratigráfica y geológica de la cuenca más profunda del Golfo de México y los márgenes adyacentes como se infieren principalmente de la interpretación de los datos de reflexión sísmicos". Constituye un estudio comprensivo de los más importantes estudios sísmicos conducidos del final de la década de 1950 y principios de 1960 a la fecha por instituciones académicas, las U.S. Naval Oceanographic Office, industrias privadas, y el National Science Foundation patrocinó el Deep Sea Drilling Project (DSDP). THe Geology of Noth America, vol. J; The Gulf of Mexico Basin (Amos Salvador, ed. 1991).

meras provincias petroleras del mundo."[233] Hacia fines de 1987esta cuenca tenía una "recuperación última probada" de 112.7 billones de barriles de petróleo crudo, 22.5 billones de barriles de líquido de gas natural (para un total de 135.2 billones de barriles de líquido de petróleo), y 534.8 trillones de pies cúbicos de gas natural, para un total de 222.54 billones de barriles de equivalentes petroleros.[234] Basados en los más recientes estudios sísmicos, la estructura de la cuenca puede caracterizarse como un continuum geológico contenido en una área semi-cerrada. Estructuralmente esta cuenca puede estar formada por cuatro componentes geológicos: 1) la plataforma continental geomorfología localizada a lo largo de porciones específicas del Golfo de México, en particular la plataforma de Yucatán, la plataforma oeste de Florida y la plataforma de Texas Louisiana;) 2) la vertiente continental que, como una prolongación natural de la plataforma, penetra en las áreas más profundas de la cuenca (dada la naturaleza semi-cerrada del Golfo, estas vertientes continentales virtualmente se "fusionan" en ciertas áreas uniendo plataformas continentales opuestas tales como el continuum geológico formado por la plataforma de Yucatán, los Llanos de Florida y la plataforma oeste de Florida); 3) la corteza oceánica más profunda ubicada sobre la capa de la sierra y que constituye el "basamento geológico" de la cuenca (de acuerdo con la evaluación más reciente de la estratigrafia sísmica de la parte más profunda del Golfo de México, estas tres estructuras geológicas tienen un espesor de aproximadamente 20 kilómetros);[235] y 4) una capa de sedimentos que se han depositado gradualmente a lo largo de millones de años sobre la vertiente continental y en la porción central del Golfo de México.

La singularidad de la estructura geológica del Golfo puede apoyarse en la confluencia de varias características distintivas.

233 Richard NEHRING, Oil and Gas Resource, en *The Geology of North America*, vol. J., *The Gulf of Mexico Basin* 446 (Amos Salvador ed., 1991).

234 Id. Estas son las últimas cifras disponibles.

235 *Ver* BUFFLER, *supra* nota 7, en 355 (figura 2).

Primero, existe un número de plataformas de carbonatos claramente definidas y formadas naturalmente, tales como las que se encuentran a partir de las costas de Campeche y Florida.[236] Segundo, los márgenes continentales vienen de lados opuestos de la cuenca y tienden a encontrarse y fusionarse en la mitad del Golfo. Tercero, la forma más bien circular de la cuenca también contribuye a su singularidad. También merece atención especial el papel atípico que los sedimentos han jugado a través de millones de años en el llenado progresivo de la cuenca. Estos sedimentos han cubierto gradualmente la topografía submarina del Golfo, de las plataformas y vertientes continentales al golfo abisal, y se han concentrado en la parte más profunda y central del Golfo en razón de la fuerza de gravedad.

Esta extensiva sedimentación ha resultado del depósito progresivo de sedimentos hemipelágicos y turbiditos hechos por los dos ríos ancestrales que descargan en el Golfo de México, particularmente el Mississippi y el Río Grande.[237] Esta área geográfica conocida como la "sección post-mid Cretácea" (post-MCSB) y "en la parte profunda del Golfo tiene un espesor de 5-6 Km., abajo gran parte de la cuenca".[238] El Golfo de México puede asemejarse a un tazón lleno de agua y los sedimentos descargados por ciertos ríos importantes en el Golfo durante millones de años son como sal que se vierte en el tazón. La "lluvia de sal" constante gradualmente empieza a subir por las paredes internas del tazón. La "lluvia de sal" gradualmente empezará a cubrir por las paredes internas del tazón. Siempre y cuando el flujo de sal continúe, eventualmente llegará al borde circular superior del tazón. De esta manera, desde el punto de vista de la Convención de 1982, el área submarina del Golfo de México puede caracterizarse como una vasta platafor-

236 *Id.* en 377 (figura 21, A & B).

237 *Id.*, en 327.

238 *Id.* Recientemente, la post MCSB se redifinió y la sección se subdividió en las siguientes unidades sísmicas mayores, de la más antigua a la más reciente:" 1) Campeche; 2) Cordillera superior Mexicana; 3) Cordillera Inferior Mexicana; 4) Cinco de Mayo y 5) Sigsbee. Estas unidades se han levantado en un mapa a través de la parte central profunda de la cuenca [y]... mapas de cada unidad documentan el llenado progresivo de la cuenca". *Id.*

ma continental con vertientes, un área submarina que forma un continuum geológico.[239]

La frontera exterior de la plataforma continental se extendió del borde de la vertiente continental para incorporar depósitos potenciales de hidrocarburos en la elevación continental y la colocan bajo la jurisdicción del estado costero.[240] Estudios geológicos del Golfo de México sugieren que este es precisamente el caso con los EUA y México. Estos estudios técnicos son indicativos del progreso considerable hecho recientemente respecto al origen, composición y componentes geológicos de la cuenca profunda del Golfo de México y sus márgenes adyacentes. Estudios geológicos actualizados y estudios técnicos demuestran científicamente que esta cuenca es, de hecho un continuum geológico único.[241]

Con la prueba contundente de este fenómeno geológico, el área submarina en la parte Central del Golfo sería definida legalmente como parte de la "plataforma continental" y no como una porción del Área. Mientras que el apropiarse del Área es ilegal como violación del derecho internacional,[242] el apropiar se de la plataforma continental es un ejercicio permisible y legítimo del poder soberano.[243] Además, la prueba de este fe-

239 Sin embargo, respecto al Golfo Central de México: Es necesario hacer estudios comparando la sedimentación Cenozoica en la parte profunda del Golfo con la de los márgenes que la conforman... Se requiere un mayor control de pozo profundo en la parte profunda del Golfo, así como líneas sísmicas profundas largas regionales de penetración de la plataforma a la cuenca profunda antes de que pueda desarrollarse un cuadro completo de la evolución Cenozoica de la cuenca central completa del Golfo de México. Unos cuantos pozos de prueba industriales se han perforado en la parte alta del Abanico del Mississippí, pero la información de estos pozos está todavía reservada. *Id.*, en 379.

240 *Ver* John R. STEVENSON y Bernard H. OXMAN, *The Future of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, 88 AM. J. INT'L L. 488 (1994).

241 *Ver* BUFFLER, *supra* nota 7, en 355.

242 Convención de 1982, *supra* nota 11, artículo 137, sección 1, establece: Ningún Estado reclamará o ejercerá soberanía o derechos soberanos sobre cualquier parte del Área o sus recursos, *ni ningún Estado o persona física o moral podrá apropiarse de cualquier parte de ella. No se reconocerá* ninguna dicha reclamación o ejercicio de soberanía o derechos soberanos.

243 *Id.* Artículo 77, sección 1. *Ver* también artículo 2, sección 1 de la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental de 1958; Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte (S.R.G. v. Den.) (F.R.G. v. Neth), 1969 I.C.J. 3.

nómeno geológico no sólo estaría conforme con las políticas de derecho del mar enarboladas por México y los EUA en los años recientes,[244] sino también estaría acorde con su legislación interna.[245] Los EUA y México están de acuerdo en los principios codificados y bien reconocidos de la ley del mar de la Convención de 1982, incluyendo aquellos relativos a la plataforma continental y la definición de sus fronteras exteriores. Esta cuestión entonces se separa de, y no debe confundirse con las respectivas posturas que ambos países han mantenido hasta ahora respecto de la Parte XI de la Convención de 1982.

Ya que los estudios geológicos adoptan la tesis de que los márgenes continentales de los EUA y México forman un continuum geológico, ambas naciones deberían estar de acuerdo en delimitar la plataforma continental en la parte central del Golfo de México, de conformidad con la Convención de 1982. En concreto, estas disposiciones incluyen el método de demarcación en los límites externos de la plataforma continental donde se extienden más allá de 200 millas marinas[246] y el papel de la Comisión de Límites sobre la Plataforma Continental.[247] Debe darse atención especial a los pagos eventuales y las contribuciones en especie, si fuera el caso, que los EUA y México tendrían que hacer a la Autoridad Internacional del Lecho del Mar, con el propósito de explotar recursos no vivientes de la plataforma continental más allá de las 200 millas, a partir de

244 Hasta fecha reciente, las objeciones hechas por los EUA a la parte XI de la Convención de 1982 planteó las más serias dificultades para los EUA y México para llegar a un entendimiento.

245 Concretamente, el artículo 62 de la LFM establece que "La plataforma continental y las plataformas insulares mexicanas, comprenden el lecho y el subsuelo *de las áreas submarinas que se extienden más allá del mar territorial, y a todo lo largo de la prolongación natural del territorio nacional hasta el borde exterior del margen continental*"... LFM, *supra* nota 9, artículo 62 (las cursivas son del autor). *Ver* también Submerged Lands Act., 43 US.C.A. secciones 1301-15 (West 1953); Deep Seabed Hard Minerals Resources Act., 30 U.S.C.A., secciones 1401-73 (West 1988 & Supp. IV 1992).

246 Convención de 1982, *supra* nota 11, artículo 76, sección 7.

247 *Id.*, artículo 76, sección 8. *Ver* también Anexo II de la Convención de 1982, *supra* nota 11.

las líneas de base desde donde se mide la anchura del mar territorial.[248]

B. *Delimitación Marina en el Océano Pacífico*

Desde 1970 México y los EUA han establecido por tratado[249] las fronteras marinas hasta doce millas en el Océano Pacífico y el Golfo de México. Estas fronteras coinciden con la adopción por México de doce millas marinas como mar territorial hacia finales de 1969.[250] La metodología aplicada por el acuerdo de 1969 fue seguida también en 1976 cuando el establecimiento de las 200 millas requería una delimitaron marina precisa entre los dos países.[251]

La frontera marina lateral en el Océano Paífico, de doce millas marinas a 200 millas marinas entre México y los EUA, tiene la forma de una línea "quebrada" formada por cuatro segmentos (*Ver* Mapa B). Esta segmentación es el resultado de un intento de dar pleno efecto a las islas de EUA de San Clemente, San Nicolás, y Santa Cruz,[252] localizadas al norte de la frontera, y la Isla Mexicana de Guadalupe, al sur En una sesión del Senado sobre el Tratado de 1978, el Asesor Legal Asistente del Departamento de Estado de EUA enfatizó los beneficios substanciales que el uso de las islas han dado a los EUA:

> En el Pacífico, dos islas, San Clemente y San Nicolás, se usan como puntos de base y traen a la jurisdicción de EUA cerca de 18,000 millas cuadradas de superficie, que incluyen cuatro riberas de importancia pesquera: Tanner

248 Convención de 1982, *supra* nota 11, artículo 82, sección 1.

249 *Ver* Tratado para Resolver las diferencias marinas pendientes y mantener el río Grande y el río Colorado como la Frontera Internacional entre los Estados Unidos y México, *supra* nota 188.

250 *Ver Decreto* del 26 de diciembre de 1969, *supra* nota 78 y texto que se acompaña.

251 *Ver Hearings, supra* nota 186, en 6.

252 Para información acerca de estas islas, ver Jorge A. VARGAS, *¿El archipielago del Norte, Territorio de México o de Estados Unidos*? 17-31, 163-165 (1993). Una versión abreviada de este libro fue publicada como un artículo. Jorge A Vargas, *California Offshore Islands: Is the "Northern Archipielago" a Subject for International Law o Political Rhetoric?*, 12 LOY. L.A. INT'L & COMP. L.S. 687 (1990).

> Bank, Cortés Bank, la ribera 40-Millas, y la Ribera 60-Millas. Adicionalmente a los intereses pesqueros, el área del Pacífico tiene también potencial de hidrocarburos.[253]

Respecto al potencial de petróleo y gas, un estudio de 1981 hecho por el US Geological Survey reporta que "existen condiciones favorables"[254] para el descubrimiento de recursos de reservas de petróleo crudo y gas natural en un área submarina que puede bisectarse por la frontera marina EUA-Méx. De acuerdo con este reporte, "las estimaciones de los recursos no descubiertos en ese lugar fluctúan de 0 a 1.78 millones de barriles de petróleo (BBO) y de 0 a 2.86 trillones pies cúbicos (TFC) de gas."[255] Preparado por el US Geological Survey a solicitud del Senado de EUA, este reporte muestra que "el área total en estudio" de la llamada "Tierra Fronteriza del Sur de California" (*Ver* mapa C 1), cubre aproximadamente 7500 millas cuadradas, 2) contiene un "volumen estimado de sedimentos" de 2,347 millas cuadradas, y 3) tiene "una profundidad de agua" que fluctúa entre un mínimo de 295 pies en la Ribera Sesenta Millas, y un máximo de más de 12,000 pies en la Provincia Seamount de Baja California.[256] El reporte concluye con esta afirmación:

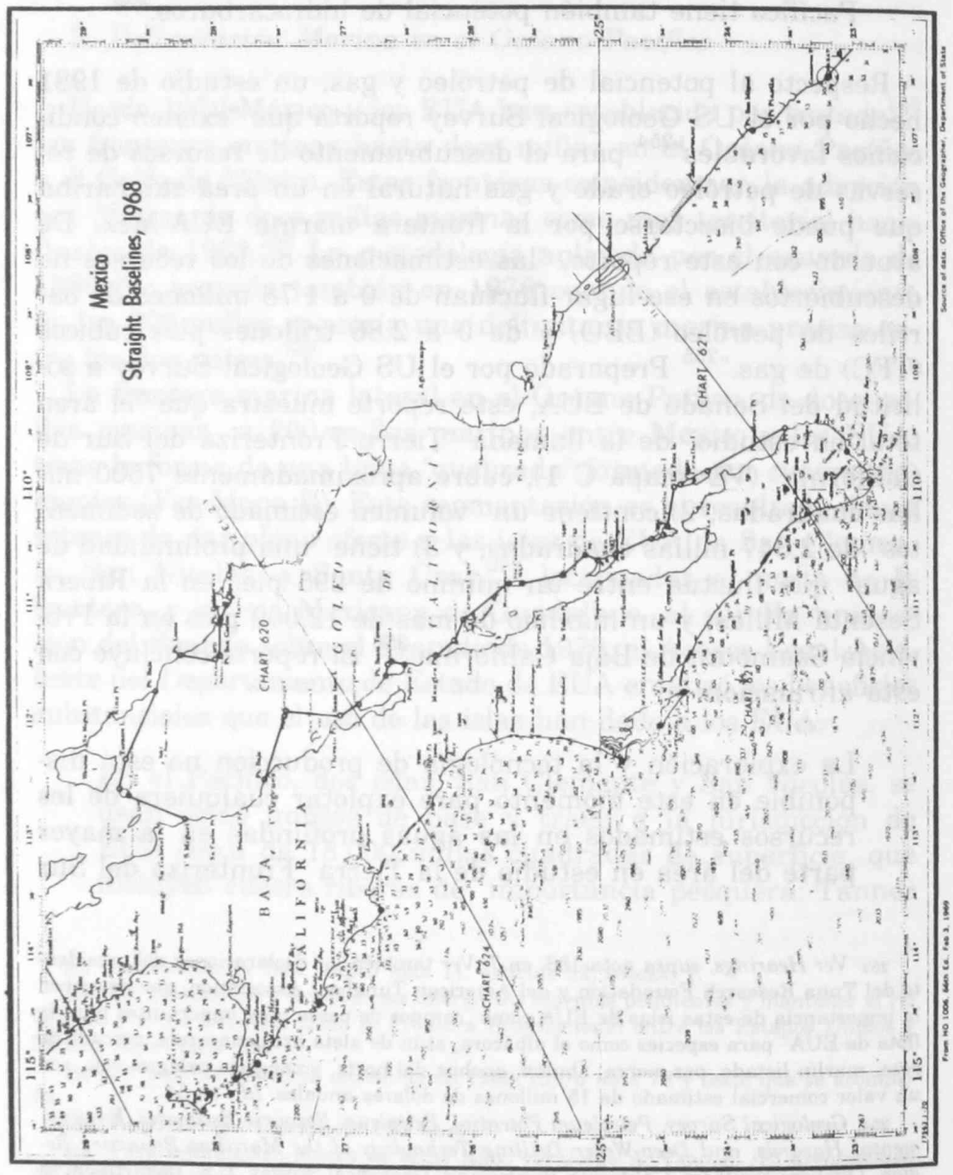
> La exploración y la tecnología de producción no está disponible en este momento pare explotar cualquiera de los recursos estimados en las aguas profundas en la mayor parte del área en estudio de la Tierra Fronteriza del Sur

253 *Ver Hearings, supra* nota 186, en 7. *Ver* también las declaraciones del presidente del Tuna Research Foundation y del American Tunaboat Association, que describen la importancia de estas islas de EUA como "campos de pesca muy importantes para la flota de EUA" para especies como el albácora, atún de aleta azul, macarela, pescado de roca, marlín listado, pez sierra, abulón, anchoa del norte, y cangrejo pelágico rojo, con un valor comercial estimado de 15 millones de dólares anuales. *Id.*, en 54.

254 *Geological Survey, Petroleum Potential, Petroleum Resourse Estimates, Environmental Hazards, and Deep-Water Drilling Technology of the Maritime Boundary Region, Offshore Southern California Borderland*, Geological Survey, U.S. Department of the Interior, OPEN FILE REP. 81-264, en 1 (1981).

255 *Id.*

256 *Id.*



de California. Esperamos que hacia el año 2000, los métodos y equipo que se requieren pare perforar y producir en aguas con una profundidad de hasta 10,000 pies (3,048 n.) estará disponible.[257]

La vasta área submarina que es objeto de este estudio técnico está localizada, en su totalidad, dentro de la jurisdicción de la ZEE de México.

IV. Conclusión

México es una luminaria en la constelación de estados que se han abocado consistentemente al desarrollo progresivo, codificación, y fortalecimiento del derecho internacional del mar. Su participación directa en esta discipline puede ubicarse desde la Primera y Segunda Conferencias de Ginebra en 1958 y 1960 y en los numerosos foros diplomáticos que proliferaron en América Latina y en el mundo entero a través de UNCLOS III.

Las contribuciones de México al derecho del mar, como parte de las valiosas contribuciones hechas por otras naciones de América Latina a esta vibrante área del derecho internacional, son ampliamente reconocidas. El desarrollo y definición de la ZEE, el "patrimonio común de la humanidad", la protección al medio ambiente marino, y el principio de acuerdo como un aspecto central del régimen legal aplicable a las conductas de la investigación marina podrían no tener actualmente sus contornos legales presentes sin la participación activa y constructiva de un número de naciones en desarrollo, incluyendo México. La LFM de México constituye una adaptación legal simétrica, a nivel interno, del espíritu y letra de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Por este motivo, la LFM puede caracterizarse como una legislación modelo en razón tanto de su contenido como de su técnica legislativa.

257 *Id.*, en 4.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REINCIDENCIA

Claudia CAMPUZANO CABALLERO

La reincidencia es un tema que no puede pasar desapercibido por quienes se encuentran vinculados con las cuestiones penales.

Ella se relaciona en la actualidad, no sólo al punto relativo a la individualización de la sanción penal, sino a la concesión o no de beneficios, que van desde la libertad provisional bajo caución hasta los alternativos o sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

El origen de la concepción de reincidencia se encuentra ligada a la aparición de la Antropología Criminal, con Cesare Lombroso. Hoy conocida como Criminología Clínica o Tradicional, para distinguirla de la Criminología Crítica.

Para este pensador italiano, la problemática delincuencial era una cuestión ontológica, con lo que se crea el paradigma en los finales del siglo pasado, una serie de estrategias políticas en relación con los anarquistas que estaban en boga en la República italiana.

Tal concepción teórica permitió, al ser introducida en el campo del Derecho Penal, a través de la corriente positiva del Derecho Penal, la construcción de postulados tales como el determinismo en la teoría de la culpa. De la temibilidad, desarrollada por Rafaelle Garofalo, para la individualización de la pena. Y la concepción de la defensa social, elaborada por Marco Ferri, permitió dotar de nuevos fundamentos a la teoría de la pena, pues se habló de la prevención general y la prevención especial de ella.

Los nuevos paradigmas que rigieron al Derecho Penal, a lo largo del desarrollo de esta corriente, implicaron, necesariamente, concepciones tales como la posibilidad de actuar del estado aun antes de que se concrete delito alguno, por la concepción de temibilidad que acompaña al sujeto delincuente así nacido. También, la posibilidad de la indeterminación de la pena a virtud de las características del sujeto activo del delito, pues la finalidad de la pena es la de readaptar socialmente a quien ha nacido con características específicas. En pocas palabras, la individualización de la pena tiene como marco fundamentador el llamado Derecho Penal de autor.

Las implicaciones de tales afirmaciones, fueron recogidas por los ordenamientos penales que, como el nuestro, se vinculan al derecho escrito o latino, principalmente, pero en lo relativo a la teoría de la pena, por todos los países "civilizados". Así, el término temibilidad se acuña, en México, por el de peligrosidad, mismo que aún en la actualidad sigue vigente en nuestra legislación adjetiva penal.

De acuerdo con la teoría de la pena, en la prevención especial los fines de la pena son la readaptación social. Principio recogido por nuestra Carta Magna [1]y en la reforma penitenciaria que vivimos en los años 70's.[2] Con lo que la educación, el trabajo, la capacitación para el trabajo son los estandartes de nuestro sistema penitenciario para readaptar socialmente al delincuente.

1 Artículo 18 constitucional cuyo contenido semántico se encarga de establecer todo lo relativo a la prisión preventiva y a la prisión como pena, señalando en su párrafo segundo lo siguiente: "Los gobiernos de la federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente".

2 Con lo que se pudo apreciar, la creación de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. La construcción de los reclusorios preventivos norte y oriente, en un principio, y luego el sur, así como la primera prisión abierta en México, de Almoloya de Juárez, hasta concluir con los modernos Ceresos de los estados. Esto, pese a que a nivel mundial la prisión presentaba una crisis en cuanto a los fines readaptadores desde los años 60's, con el surgimiento de la teoría del etiquetamiento y el nacimiento de la criminología crítica.

Estos principios (educación, trabajo y capacitación), son considerados en la justificación de la sanción, como los principales medios, entre otros, a través de los cuales podrá ser reinstalada a la sociedad aquella persona que ha delinquido.

En el Diccionario Jurídico Mexicano se define a la reincidencia como "... un volver o repetición del hecho ilícito que generalmente tiene un significado relacionado al de peligrosidad: un reincidente es 'más peligroso que una persona que por primera vez haya trasgredido el ordenamiento jurídico-penal'."[3]

Existe una serie de contradicción cuando se establece la concepción de la reincidencia como medio para determinar la adecuada sanción penal a imponerse a quien ha delinquido con anterioridad. Pues si quien se encarga del alcance de los fines es quien los aplica, ¿cómo es posible que se sancione a la persona en quien ha fracasado el estado en su readaptación social?

No se puede perder de vista que el aumento de la pena, a virtud de la reincidencia, rompe con la garantía constitucional que señala que en materia penal debe aplicarse la sanción estrictamente señalada para el delito y nunca se sancionará por analogía o mayoría de razón.[4] Esta garantía conlleva al respeto de los principios generales, del derecho penal, de seguridad y legalidad jurídica. Al igual que se violenta la garantía de igualdad, pues en ella se encierra el presupuesto de que todos, al enfrentarnos al poder del estado, debemos ser tratados como iguales independientemente de nuestros antecedentes personales.[5]

En las reformas de 1994 a la leyes secundarias se hicieron a un lado las concepciones positivistas y se volvió el cauce hacia un estado de derecho, al pasarse de un Derecho penal de autor a un Derecho penal de acto. Con lo que la culpabilidad se transformó en el punto que ponía fin a la arbitrariedad basada

3 *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, novena edición, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1996, pp. 2766 a 2768.

4 Artículo 14, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

5 Artículos 1 y 13 de la Carta Magna.

en la personalidad para la individualización de la pena. Con lo que desapareció la palabra "peligrosidad" del numeral 52 del Código Penal. Y de casi toda la legislación, con la excepción ya señalada en la ley adjetiva. Siendo innecesario tomar en consideración lo que era el sujeto para determinar el *quantum* de la pena, o para concederle o no alternativas a la prisión o beneficios a ella.

Sin embargo, a dos años de la reforma, debido a una encarnada campaña en los medios masivos de comunicación, el legislador retomó los criterios de reincidencia llevándolos a sus más drásticas consecuencias. Esto es, hasta introducirlas como presupuestos para poder gozar del derecho a la garantía de la libertad provisional bajo caución.

Todo esto ha conllevado, necesariamente, al enfrentamiento de la problemática de tratar de entender lo que el legislador definió como *reincidencia* en la ley sustantiva penal. En ella, se fijaron tiempos exactos para su consideración y su medición, debiendo el juzgador o quien solicite no se tenga a alguien como reincidente o se le tenga como tal, recorrer una serie de preceptos legales que se incluyen en diversos títulos y capítulos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.

El numeral 20 en su párrafo primero, del Código Penal, se encargó de definirla de la siguiente manera: "Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley."

Es así como la *reincidencia* y la *prescripción* son dos temas que van de la mano y que se vinculan, pese a cualquier idea *a priori*, de manera tal que no puede hablarse de la primera sin abordar el tema de la segunda. Pues como se ha visto en la definición descrita arriba, sólo podrá hablarse de la primera, si se conoce o estudia la segunda.

De la aseveración de lo que es la reincidencia por la ley, se plantean cuestiones y problemas de definición, pues se afirma que el tiempo para considerar a alguien como reincidente deberá ser tomado en consideración desde el cumplimiento de la condena. Por lo tanto, *reincidencia* y *prescripción*, van de la mano.

Para algunos, éste comenzará a correr a partir del momento en que el sentenciado es puesto a disposición de la autoridad ejecutora (prevención y readaptación social) para el cumplimiento de la sanción impuesta.

Otros indicarán que el tiempo se compurgará a partir del momento en que se declare que la sentencia causa ejecutoria, remitiéndose a los artículos relativos de la ley adjetiva.[6]

Y, finalmente, algunos sostendrán que el tiempo comenzará a contar a partir de que la persona es considerada como compurgada. Lo cual conlleva a la emisión, por quien le juzgó, de las boletas de libre compurgado. Siendo este exacto momento en el que se concluye al procedimiento penal, desde mi punto de vista.

La palabra cumplir implica tres momentos diversos: comenzar a hacer algo; cuando ese algo se ejecuta; o bien, concluir algo,[7] presupuesto a través del cual se justifican sólo dos de las tres posibles posturas a adoptarse. Porque la segunda no guarda ninguna relación con el significado de la palabra cumplimiento.

¿Cuál de las tres acciones señaladas por el verbo, será la que implica una correcta interpretación legislativa?[8] Pregunta que surge al existir jurisprudencia definida que ha señalado lo siguiente:

6 Como el presente artículo no pretende abarcar más allá de fuero común en el Distrito Federal, los artículos que se tomarán en consideración son el 443, 418, fracción I, 330, 568 Fracción VI, entre otros.

7 *Cfr.* en el diccionario la palabra cumplir.

8 Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tercera Parte. De los Tribunales Colegiados de Circuito. Vol. 74, p. 61. Cuyos antecedentes son: Amparo directo 143/90, de 16 de mayo de 1990. Amparo directo 129/90 de 14 de noviembre de 1990. Amparo directo 453/92, de 10 de febrero de 1993. Amparo directo 640/92, de 6 de abril de 1993. Amparo directo 256/90, de 7 de julio de 1993.

"REINCIDENCIA. INFORME DE ANTECEDENTES PENALES ES INSUFICIENTE PARA JUSTIFICARLA. Si la autoridad responsable para acreditar la reincidencia del acusado tomó en base el informe de antecedentes penales, en el que se asentó que al procesado se le impuso una pena corporal por haberlo encontrado responsable por un delito diverso, documento que si bien alcanza el rango de público, dicho informe no es apto ni suficiente para justificar la reincidencia del sentenciado, *en virtud de que el medio eficaz para acreditar tal extremo lo constituye la copia autorizada de la sentencia anterior, así como el auto que la declare ejecutoriada*, por ser los únicos testimonios apropiados para dilucidar si en el asunto sometido a juicio se cumple con las exigencias que hacen operante la figura jurídica de la reincidencia; *de modo que si el órgano acusador omitió aportar los indicados medios de prueba, es claro concluir que no debe tenérsele al acusado como reincidente*."

Texto del cual resultan hechos sobresalientes. En primer lugar, indica que lo que puede tomarse como parámetro para la lectura de la reincidencia lo es el hecho de existir auto que declare ejecutorada la sentencia condenatoria dictada en contra del autor del delito. Criterio con el que se podría decir, se afirma la segunda postura. Misma que no está incluida como parte de la definición el verbo cumplir.

El segundo lo es el hecho de que (véanse cursivas), es la representación social, la que deberá solicitar al juez, se giren los oficios respectivos para la certificación de la existencia o no de antecedentes penales de una persona determinada. Por lo que la práctica de los jueces de solicitar de oficio dichos informes a las autoridades competentes, es contraria a la jurisprudencia aquí mencionada y, como consecuencia, violatoria de las garantías individuales, al tratarse de un procedimiento imparcial, en el que se están supliendo de oficio las deficiencias o los desconocimientos de quien tiene la potestad del ejercicio de la acción penal y de la persecución de los delitos, mismas que concluye con la respectiva solicitud de la imposición de la pena, en su caso.

¿Qué sucede, ante la incongruencia de la jurisprudencia con el significado de una palabra determinada? De conformidad con lo establecido en el artículo 192 de la Ley de Amparo, y la doctrina que fundamenta y justifica todo el juicio de garantías,[9] la anterior definición es suficiente para poder aseverar que ese es el criterio rector y obligado a seguir por los impartidores de justicia, pese a no existir concordacia entre el significado de la palabra con la interpretación que se le da.

Aceptando sin conceder, que se esté compartiendo lo antes indicado, deberá señalarse además que tal postura no contempló en su elaboración los atestados planteados en el capítulo de la prescripción en el Código Penal pero, sobre todo, en los numerales 101, 103, y 113,[10] con los que choca irremediablemente. Pues de ellos se desprende:

En primer lugar, que en la prescripción , que debe hacerse valer de oficio por los juzgadores, el tiempo corre en favor del sujeto que se ha enfrentado al derecho penal y en contra de la potestad punitiva del estado.

El segundo lugar, que el tiempo de la prescripción de la sanción privativa o restrictiva de la libertad,[11] comenzará a correr continuamente a partir del día siguiente al en que se evada a la acción de la justicia el condenado.

9 *Cfr. Bibliografía relativa al juicio de amparo.*

10 Para lo cual me permito transcribirlos literalmente sólo en el punto que interesa para la reincidencia y es el relativo a la prescripción de la pena de prisión o privativa o restrictiva de la libertad: "Artículo 101. La prescripción es personal y para ella bastará el simple transcurso del tiempo señalado por la ley.(...)". "Artículo 103. Los plazos para la prescripción de las sanciones serán igualmente continuos y correrán desde el día siguiente a aquel en que el condenado se sustraiga a la acción de la justicia, si las sanciones son privativas o restrictivas de la libertad, y si no lo son, desde la fecha de la sentencia ejecutoriada". " Artículo 113. Salvo que la ley disponga otra cosa, la pena privativa de libertad prescribirá en un tiempo igual al fijado en la condena y una cuarta parte más, pero no podrá ser inferior a tres años; ..."

11 En este sentido hay que resaltar desde mi punto de vista, que se refiere no sólo a las medidas de seguridad que la restringen, sino a aquellas sanciones a través de las cuales se impide el ejercicio de cualquier derecho, pues indirectamente implican restricción de la libertad como se entiende constitucionalmente hablando (como la prohibición de ir a lugar determinado, vigilancia de la autoridad, privación de derechos etcétera)

En tercer lugar, que para poder medir el tiempo que opera en favor del sentenciado, deberá tomarse en consideración el *quantum* de la pena, de restricción o privación de la libertad, impuesta. A ella se le agregará una cuarta parte más, de la misma, pero nunca podrá ser inferior de tres años. Tiempo que se duplicará en relación a los prófugos de la acción de la justicia que huyan al o se encuentren en el extranjero (artículo 101, párrafo segundo del Código Penal).

El segundo postulado implica que el sujeto o se evade de la prisión o se encuentra en libertad provisional bajo caución. Porque quienes estén internos, en prisión preventiva, no requieren de la prescripción porque automáticamente serán canalizadas a la expiación de la pena. Pero en ningún momento habla de que cause ejecutoria la sentencia.

El presupuesto de causar ejecutoria la sentencia se relaciona (artículo 103 del Código Penal) con todos aquellos casos en los cuales se ha impuesto cualquier otra pena, excepto la privativa de la libertad.

En este orden de ideas, el criterio jurisprudencial citado con anterioridad no tomó en consideración la legislación positiva y vigente. Misma que diferenció las rigurosas formas del conteo del tiempo para la prescripción de las penas privativas o restrictivas de la libertad y las restantes sanciones penales.

Como consecuencia, cabe preguntarse: ¿si la jurisprudencia es el medio a través del cual el Poder Judicial hace valer su criterio interpretativo, su autonomía, y pone límites a los restantes poderes; puede con ella violentar diversos ordenamientos legislativos? Pienso que no. Porque la interpretación de un precepto legal es desentrañar el significado del lenguaje del legislador, plasmado en una norma determinada, exclusivamente.

Esta interpretación debe basarse, entre otras cosas, en el entendimiento y conocimiento de la totalidad de la legislación existente, en relación a un tema determinado, para evitar caer en contradicciones. De no hacerse así, en lugar de interpretarse un precepto legislativo se caería en el proceso integrativo de la ley o de la norma, esto es, el proceso legislativo.

Facultad con la que ninguna de nuestras autoridades judiciales cuenta hasta nuestros días. Misma que resultaría contraria a los principios de división de poderes, dentro del marco constitucional y el sistema del juicio constitucional, al invadir atribuciones y violentar las facultades y atribuciones que le han sido otorgadas.

En este sentido el criterio hasta ahora indicado, pese a lo señalado por la jurisprudencia, resulta erróneo en su interpretación.

Corresponde ahora estudiar la postura que se enunció en primer lugar, relativa a que se considerará que el tiempo para la prescripción deberá ser tomado a partir de que el sentenciado es puesto a disposición de la autoridad ejecutora.

Este presenta las siguientes hipótesis:

a) sentencia condenatoria con detenido;

a.1. con beneficio alternativo a la prisión (condena condicional);

a.1.1 no cumple con el beneficio concedido.
a.1.2 cumple parcialmente con el beneficio concedido.
a.1.3 cumple totalmente con el beneficio concedido.

a.2. con sustitutivos a la prisión, en los cuales cada sustitutivo tendrá efectos diversos.

a.2.1 multa;
a.2.2 tratamiento en libertad;
a.2.3 trabajo en favor de la comunidad;
a.2.4 tratamiento en semilibertad.

a.3. sin alternativos o sustitutivos a la prisión;

b) sentencia condenatoria sin detenido;

b.1. con beneficio alternativo a la prisión (condena condicional);

b.1.1 no cumple con el beneficio concedido.
b.1.2 cumple parcialmente con el beneficio concedido.
b.1.3 cumple totalmente con el beneficio concedido.

b.2. con sustitutivos a la prisión, en los cuales cada sustitutivo tendrá efectos diversos.

b.2.1 multa;
b.2.2 tratamiento en libertad;
b.2.3 trabajo en favor de la comunidad;
b.2.4 tratamiento en semilibertad.

b.3. sin alternativos o sustitutivos a la prisión.

En los casos del inciso *a*), debe señalarse, que el sentenciado será puesto, por conducto del reclusorio preventivo, una vez que cause ejecutoria la sentencia, de inmediato, a disposición de la autoridad ejecutora, tanto para expiar la pena de 'prisión impuesta [a.3], o bien para disfrutar de la condena condicional [a.1], o para gozar de los sustitutivos penales [a.2].

Tratándose de las hipótesis a.1) y a.2), éstas presentan algunos bemoles. Y son los relativos a si cumple en su totalidad, parcialmente o en nada la sanción por la que se le concedió la condena condicional o los sustitutivos penales. Y, por lo que hace a los últimos, de acuerdo al tipo de sustitutivo concedido [a.2.1 a a.2.4].

En el caso de que cumpla en su totalidad con el beneficio o sustitutivo otorgado, las cosas no pasan a más. Pero tratándose de los restantes debe señalarse lo siguiente: La Dirección General de Prevención y Readaptación Social, deberá de comunicar al juzgador, de inmediato, que el sentenciado puesto a su disposición, ha dejado de cumplir con sus obligaciones contraídas (por la condena condicional o por los sustitutivos penales, con excepción de la multa [a.2.1]. Pero la práctica ha demostrado que la ejecutora tarda hasta 6 meses o más en remitir el citado informe.

Hecho lo cual, el juzgador dará vista a la representación social para que solicite lo que a su derecho corresponda. No debe

perderse de vista que, en la mayoría de los casos, lo solicitado es la reaprehensión del sentenciado y dejar sin efectos el beneficio o sustitutivo concedido, pues el dejar de cumplir con sus obligaciones equivale, en la práctica judicial, a la evasión de la acción de la justicia.

Lograda la reaprehensión, el sentenciado puede solicitar se le continúe concediendo el beneficio (artículo 90, fracción IX del Código Penal) o el sustitutivo (artículo 71 del Código Penal) del que venía disfrutando. Por lo que el juez deberá decidir si procede o no que continúe gozando con el beneficio o el sustitutivo concedidos, atento a los textos legales y a las razones que alegue y compruebe el reo.

En caso de que se le permita continuar gozando de ellos, la autoridad ejecutora se encargará de seguir vigilando el cumplimiento de las obligaciones del reo. Hasta que concluya con ellos o bien, nuevamente, deje de cumplir con sus obligaciones.

La razón por la cual la sustitución de la pena de prisión por multa resulta una excepción a todo lo señalado, tiene su origen en el hecho de que: En primer lugar, compete a la Tesorería del Distrito Federal su cobro, y no a la Dirección General de Prevención y Readaptación Social (Secretaría de Gobernación).

En segundo lugar, porque para su cobro existe la posibilidad de hacer válido el procedimiento económico coactivo, procedimiento que sólo puede hacerse valer tratándose de las sanciones pecuniarias (artículos 29 a 39 del Código Penal).

En tercer lugar, porque la propia Corte[12] ha señalado que una vez que se concede la sustitución de la pena de prisión por multa no puede darse marcha atrás con el sustitutivo concedido.

12 Así la Suprema Corte ha señalado: "SUSTITUCIÓN DE SANCIONES, NATURALEZA DE LA. Es un error generalizado interpretar que la sustitución de la pena de prisión por multa, implica que de no cubrirse ésta en un plazo determinado, nuevamente podrá cambiarse la naturaleza de la sanción, convitiéndola otra vez en privativa de la libertad. Efectivamente, la palabra sustituir, no solamente en el lenguaje jurídico, significa cambiar una cosa por otra; es decir, *tratándose de la pena, se refiere al cambio de la naturaleza de una sanción privativa de la libertad por una de tipo económico y esta trasmutación lleva consigo forzosamente la desaparición de la pena original. Ahora bien, si la pena de prisión ha desaparecido, no existe ningún dispositivo ni institución jurídica a virtud de la cual pueda volver a cobrar vida, aún cuando el reo no llegue a pagar la multa impuesta, en cuyo caso la ley prevé la forma en que las au-*

Podrá, como consecuencia, cuestionarse entonces, este criterio de la Corte en el sentido de que la concesión por el juez del sustitutivo penal de la pena de prisión por multa implica la aplicación directa no de la prisión sino de una pena diversa Porque, en primer lugar, implica que por ningún motivo, podrá dictarse auto de formal prisión, sino de sujeción a proceso, a todo procesado cuya pena máxima a imponerse sea de hasta dos años de prisión (piénsese en la Justicia de Paz Penal) o en algunos casos de concurso de delitos o acumulación*

En segundo lugar, deberá de cuestionarse esa limitativa interpretación que se hace sólo de este sustitutivo penal, porque el mismo criterio debería aplicarse a los restantes sustitutivos, con un criterio interpretativo igualitario, que se funda en los principios generales del Derecho, de la igualdad ante la Ley, y el de la aplicación en favor del gobernado, del criterio más benéfico.

Y, en tercer lugar, que pese a tratarse de un criterio de interpretación jurisprudencial que a todas luces va en beneficio de los procesados, se comete el mismo error señalado en el análisis de la anterior jurisprudencia porque, nuevamente, el juzgado no está interpretando la norma sino que la está integrando. Debiéndose repetir, como consecuencia, todo lo ya indicado anteriormente.

Lo anterior tiene su fundamento en el hecho de que el legislador en el artículo 71 del Código Penal no distinguió entre los sustitutivos penales, y máxime, si el pago de la multa sustitutiva de la libertad, puede hacerse en parcialidades, tomando en consideración la autoridad ejecutora las condiciones perso-

toridades fiscales correspondientes pueden utilizar los procedimientos adecuados para hacerla efectiva en favor del Estado." (Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: 7a. volumen 115-120. Parte segunda p. 109. Precedente: Amparo directo 886/76., 13 de noviembre de 1978. También fue publicada en el Informe de 1978, tesis 50, p. 29, con el rubro: "SUSTITUCIÓN DE SANCIONES, CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA").

13 Criterio alternativo de interpretación que llegó a ser publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, colección Cuadernos para la Reforma de la Justicia número 2. *Las penas sustitutivas de Prisión*, 1995.

nales y económicas del sentenciado.[14] Así como que para dejar sin efectos los sustitutivos penales, el juez deberá de tomar en cuenta que el reo no cumplió con las condiciones señaladas, salvo que estime conveniente apercibirlo de que si incurre en nueva falta se hará efectiva la sanción. Inclusive, señala que en caso de hacerse efectiva la pena de prisión impuesta, deberá de descontarse la sustitución cumplida por el reo.[15]

Todo lo cual significa, necesariamente, que los sustitutivos penales no encuentran diferenciación en cuanto a su cumplimiento por el reo en la ley, pero de ellos se ha hecho diferencia a través de las interpretaciones jurisprudenciales, indebidamente.

Los verdaderos problemas se abordan al tratarse el punto relativo a las sentencias condenatorias sin detenidos (b). Porque en ellas existe la necesidad de condicionar la concesión de los alternativos o sustitutivos de la prisión a ciertas actividades que deberá realizar el sentenciado para gozar de ellos, en

14 El artículo 29 del Código Penal dice en sus párrafos segundo y final: "La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará en días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos". "En cualquier tiempo podrá cubrirse el importe de la multa, descontándose de ésta la parte proporcional a las jornadas de trabajo prestado en favor de la comunidad, o al tiempo de prisión que el reo hubiere cumplido tratándose de la multa sustitutiva de la pena privativa de libertad, caso en el cual la equivalencia será a razón de un día multa por un día de prisión". Por su parte el numeral 35, párrafos primero y segundo, de la misma ley, indican: " El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá entre el estado y la parte ofendida; al primero se le aplicará el importe de la multa, y a la segunda el de la reparación." Finalmente, el numeral 39 párrafo final señala: "La autoridad a quien corresponda el cobro de la multa podrá fijar plazos para el pago de ésta, tomando en cuenta las circunstancias del caso".

15 El artículo 71 del Código Penal dice: " Artículo 71. El juez dejará sin efecto la sustitución y ordenará que se ejecute la pena de prisión impuesta, cuando el sentenciado no cumpla con las condiciones que le fueren señaladas para tal efecto, salvo que el juzgador estime conveniente apercibirlo de que si incurre en nueva falta, se hará efectiva la sanción sustitutiva o cuando al sentenciado se le condene por otro delito. Si el nuevo delito es culposo, el juez resolverá si se debe aplicar la pena sustituida. En caso de hacerse efectiva la pena de prisión sustituida, se tomará en cuenta el tiempo durante el cual el reo hubiera cumplido la sanción sustitutiva."

virtud de que se encuentra gozando de la libertad caucional, o bien, está sujeto a proceso.

Condicionamientos que encuentran su fundamentación en la propia legislación penal (artículos 71, 76 y 90 del Código penal). No pudiéndose perder de vista que tratándose de los sustitutivos (b2.1), el de multa, encuentra su propia interpretación, como se ha señalado líneas arriba.

Es cierto que si no se cumple con las condiciones impuestas, tratándose de los que gozan de la libertad provisional bajo caución, por el simple hecho de que la sentencia cause ejecutoria, la garantía de libertad deberá de revocarse, a solicitud expresa del Ministerio Público (artículo 568 fracción VI del Código de Procedimientos Penales.[16] Con lo que la orden de reaprehensión será inevitable.

Tratándose de los que están sujetos a proceso, será a solicitud del Ministerio Público, pese a lo señalado en el artículo 580 del Código Procesal Penal[17] que el juez gire la correspondiente orden de aprehensión[18]

Presentándose las mismas hipótesis señaladas para el caso de que comiencen a cumplir con la alternativa o el sustitutivo a la pena de prisión para los casos a).

16 Artículo que a la letra dice: "El juez podrá revocar la libertad caucional cuando a su criterio el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones previstas en el artículo anterior. Asimismo se revocará la libertad caucional en los siguientes casos: (...)" "VI.- Cuando en su proceso cause ejecutoria la sentencia dictada en primera o segunda instancia; (...)."

17 Ello, aun cuando se ordene el juez o tribunal realizar los trámites necesarios para que el reo sea puesto a disposición de la autoridad ejecutora (pues el numeral señala: "Artículo 580. El juez o tribunal están obligados a dictar de oficio todas las providencias conducentes para que el reo sea puesto a disposición de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social. El incumplimiento de esta obligación se sancionará con multa de veinte a cuarenta días de salario mínimo."). Las órdenes de aprehensión o reaprehensión sólo se podrán girar a virtud de la solicitud expresa del persecutor de los delitos, en respeto absoluto de los numerales 14, 16, 20 fracción Y, 21 constitucionales; 132, 133 y demás del Código, procesal Penal. Con lo que se respeta la división de poderes y las garantías de legalidad y seguridad jurídica de todo sentenciado.

18 Señalo orden de aprehensión y no reaprehensión, porque aún cuando el sentenciado va a ejecutar la pena de prisión y en su contra se giró o cita o bien orden de comparecencia, previa a dictarse la sujeción a proceso, nunca ha sido materia de aprehensión, por ello este es el término correcto y adecuado para denominarla.

Pero ¿en qué momento comenzará a correr el término de la reincidencia para todos ellos [casos a1), a2), b1), y b2) si, como se ha señalado, la reincidencia y la prescripción están íntimamente relacionadas por la legislación?

Como la postura analizada es la de que la prescripción se basa en el conteo del tiempo en que el sentenciado es puesto a disposición de la autoridad ejecutora, aún cuando en los ejemplos señalados, el sentenciado sea puesto en varias ocasiones a disposición de la misma, se deberá tomar en consideración sólo la primera vez, porque de no ser así, se interpretaría en contra de los intereses del propio sentenciado la ley. Lo que no se puede realizar por el principio siempre aplicarse de lo más favorable al gobernado sujeto al proceso penal.

Resta hacer el análisis del tercer postulado, el relativo a que el tiempo de la prescripción comenzará a correr a partir de que se ha cumplido la totalidad de la pena privativa de la libertad.

Sirve como ejemplo de este postulado lo sostenido el 9 de agosto de 1993, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual en sesión aprobó la siguiente jurisprudencia que tuvo como origen una contradicción de tesis de Colegiados:[19]

> "REINCIDENCIA, REGLA GENERAL Y ESPECIAL DE LA FIGURA DE LA. EN LA LEGISLACIÓN PENAL DE ESTADO DE JALISCO. El artículo 16 del Código Penal para el estado de Jalisco, define una regla general del concepto reincidencia, al afirmar que debe asignarse este carácter a un acusado, cuando se demuestre que tiene antecedentes de una sentencia condenatoria por delito doloso, así mismo, que la conducta motivo de la nueva condena también fuese dolosa y se haya concretado en el lapso comprendido entre el cabal cumplimiento de la anterior condena, o bien cuando en relación a la misma se le hubiese concedido indulto por gracia, y antes de fenecido un término igual al de la pres-

19 Contradicción sustentada por el Primer (antes único) y Segundo tribunales Colegiados en Materia Penal del Tercer Circuito, con residencia en la ciudad de Guadalajara, Jalisco.

cripción de la sanción impuesta; por otra parte, el precepto 71 fracción II del preinvocado ordenamiento punitivo, conceptúa una regla especial sobre el tema, donde al retomar el presupuesto de la regla general consiste en la nueva comisión de un ilícito doloso, adiciona como elemento novedoso que, en previa condena, se haya otorgado al sentenciado el beneficio de suspensión condicional de la pena, además, que la nueva conducta se haya realizado entre la concesión del citado beneficio y la prescripción de la pena suspendida en su ejecución. En forma consecuente, para aplicar la regla general, es indispensable la determinación de la fecha en que el reo compurgó su sentencia anterior o bien, en que se otorgó el indulto por gracia, con la finalidad de hacer factible el cómputo a que se refiere 16 enunciado, en tanto que, para actualizarse las hipótesis de la regla especial, es relevante el momento en que se otorgó beneficio de la suspensión, condicional de la pena, para estar en aptitud de computar el plazo establecido en la citada fracción II del numeral 71 también referido."[20] y. [21]

Pero no deberá perderse de vista que tal propuesta de interpretación tiene como fundamento un precepto legal específico, que lo es el artículo 16 de la Legislación Penal de Jalisco. Texto con el cual no se cuenta en el Distrito Federal ni en materia federal.

Las consecuencias de una interpretación similar en el medio legislativo en que se está planteando, permitiría ir más allá de los principios rectores del Derecho penal. Pues se iría a la construcción o elaboración de una norma inexistente. Se estarían violando los principios generales del Derecho en contra

20 Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Octava Época, Primera parte. Primera Sala. Vol. 71. Pág. 14. Clave 1a/J.6/93. Folio 114808.

21 Dicho artículo del Código Penal de Jalisco a la letra dice "Artículo 16. Hay reincidencia siempre que el sentenciado por sentencia ejecutoriada dictada por tribunal de la República o del extranjero cometa otro delito doloso y después de haber cumplido con la sentencia no ha transcurrido desde entonces, o desde el indulto, un término igual a la prescripción de la sanción impuesta."

del Sentenciado, conculcándose así sus garantías constitucionales y los principios rectores de los denominados estados de Derecho[22]

Consecuente con todo lo hasta ahora indicado, podrá señalarse que la verdadera interpretación que se deberá realizar de la prescripción, tiene que ver con el postulado en segundo lugar estudiado, esto es, en el sentido de que la misma comenzará a correr a partir del primer momento en que el sentenciado es puesto a disposición de la autoridad ejecutora. Independientemente de si el autor del delito se evade o no a la acción de la justicia. Pues tal evasión, deberá ser permitida, como ocurre dentro de la legislación penal, en el punto en que se establece esta conducta como delictiva[23]

Punto en el cual se permite, a cualquier interno, evadirse de la acción de la justicia y no constituye delito, por encontrarse detrás de este punto la denominada "no exigibilidad de otra conducta", que constituye una excluyente de responsabilidad. Considerándose como delictiva su conducta, sólo cuando para evadirse concreta otras actividades que en sí mismas pueden ser constitutivas de otro u otros delitos.

Retomando el tema de la reincidencia, que pareció perderse en el desarrollo de la presente indagatoria, debe señalarse que ésta sólo se dará cuando entre la primera puesta a disposición del sentenciado a la autoridad ejecutora y la nueva concreción de un delictivo, no haya transcurrido el tiempo necesario para la prescripción de la sanción privativa de la libertad. Pese a que la legislación constitucional y penal establecen la posibilidad de que se tome en consideración ésta, para no conceder garantías, alternativas o sustitutivas de la pena de prisión; tales producciones normativas atentan contra el principio de igual-

22 En los que la palabra Derecho no implica sólo la aplicación literal de la legislación positiva, sino de los postulados de los principios generales de Derecho. Lo primero se respeta hasta en los estados autoritarios o dictatoriales. Pero la segundo, sólo en aquellos que se consideren a sí mismo como civilizados y que hayan suscrito, entre otros tratados internacionales, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos del Ciudadano, como nuestro país.

23 Artículos 150 a 154 del Código Penal. Pese a que en el último de los numerales se establezca una excusa absolutoria y no una excluyente de responsabilidad.

dad ante la ley, con el que nacemos todos los habitantes del mundo a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Sobre todo, si nacimos o nos encontramos en un estado que se autodenomina de Derecho.

A lo anterior deberá agregarse que, al replantearse teóricamente los postulados del Derecho penal, en nuestro país, y darse el cambio de un Derecho penal de autor (sostenido por la escuela positiva a finales del siglo pasado y principios de éste) a un derecho penal de acto (sostenido por la teoría de la culpabilidad y reinante en todos los estados que se autodenominan "de derecho", vigente desde la segunda mitad del presente siglo); la concepción de reincidente, no puede tener cabida en lugar alguno de la legislación.

De no hacerse así, los principios parasimpáticos teóricos se están contraviniendo, con lo que se produce una aberración en las aseveraciones, desde un punto de vista científico, y porque, como consecuencia, es imposible sostener una postura así en la realidad, porque los mismos principios se autocontradicen y, como señalan los psicólogos, no existe un principio rector que permita tener coherencia en la personalidad (del estado), al darse un doble mensaje. Lo cual hace que quienes deben creer en la persona (estado), se sientan inseguras y aprendan que hay una diferencia diametral entre lo que se dice y lo que se hace. En virtud de la falta de coincidencia entre el discurso y los hechos.

La única solución, científica, con que se contaría para poder seguir sosteniendo el principio de reincidencia, como parámetro en la concesión de garantías o de alternativos o sustitutivos a la prisión, sería retomar el paradigma temibilidad o peligrosidad. Lo cual no resultaría difícil a virtud de toda la construcción social de la realidad que se ha venido desarrollando en nuestra sociedad, en la que las falsas conciencias de la realidad han sido construidas a través de los medios masivos de comunicación, de manera efectiva.

Otra solución, para el recrudecimiento de la reacción del estado en contra de los ciudadanos, y que no implica necesariamente el hecho de recurrir al concepto de reincidencia, es la de implantar la nueva corriente científica que avala el sistema

norteamericano de justicia penal, el empleo del denominado Realismo de Derecho, en cuya fuente teórica sus postulados permiten no sólo la inclusión de las prisiones de máxima seguridad (que ya hay en nuestro país), sino también la reconstrucción de todo el paradigna del Derecho penal y de la pena.[24]

24 Tema que será interesante abordar en un futuro próximo.

LA PREVENCIÓN ESPECIAL DEL DELITO O EL ARTE DE READAPTAR

José Manuel CASAOPRIEGO VALENZUELA

Prevenir es evitar un suceso antes de que acontezca en virtud de haber tenido una representación mental del mismo. Es anticipar un evento, impedir que se realice. Es disposición que se toma para evitar algún peligro. En este caso, la prevención especial del delito se hace para evitar la reincidencia del delincuente; porque reincidir es recaer; volver a incurrir en una culpa o delito ya que reincidencia es la repetición de culpa o delito. Ya, por último, especial es lo que se aplica particularmente a una cosa.

De este modo, para iniciar y antes de entrar al tema es posible definir la Prevención Especial, y teniendo como herramienta la semántica, decimos que se trata de un conjunto de disposiciones tomadas para evitar el peligro en que se encuentra el que ya ha cometido un delito, impidiendo que vuelva a incurrir en culpa por causa de una conducta repetitiva.

La doctrina contempla además a la prevención como un método justo y moral para evitar la presencia del delito a la que enuncia en forma general, abstracta e impersonal. Sin embargo, la realidad impide que este enunciado en forma de amenaza opere. La pobreza en que se encuentra la población mayoritaria del país, las diferencias étnicas, el desempleo, el analfabetismo, la corrupción y la falta de eficaces sistemas de seguridad pública han sido, entre muchas, las causas reales que impiden la certera operación de la prevención general.

Cada día se hace más grande y más profunda la frontera que separa a las clases sociales. A partir de la segunda mitad de los años setenta la clase media ha sido muy golpeada y lle-

vada a su inminente desaparición. La clase media se ha venido confundiendo cada vez más con las clases económicamente débiles. La clase trabajadora que incluye a las dos anteriores está perdiendo cada día, más y más oportunidades. La planta productiva está mermada y diariamente desaparecen plazas de trabajo con la consecuente depauperación del trabajador y de sus dependientes económicos. La problemática consiste en la de encontrar satisfacciones a las necesidades ingentes.

Si todo esto no fuera bastante, la actividad impúdica de la mercadotecnia que ofrece a la venta productos comerciales dentro de un marco de erotismo que se desenvuelve dentro de niveles de vida muy altos, alcohol y mujeres hermosas, lugares exóticos, automóviles caros, todo junto a mensajes subliminales que obligan a desear con envidia esa forma de vida y a tomar decisiones sobre los métodos a seguir para lograrlo.

Se hace difícil no mencionar la tarea que efectúan los medios de comunicación cuando loan al delito y convierten en héroes a los delincuentes. Pareciera actividad de mercadotecnia pura cuando describen lo sencillo que resulta robar un banco o traficar con droga. Lo sorprendente que es para todos conocer del negocio del secuestro y las enormes cantidades de dinero que produce y el poco riesgo que se corre en esta actividad tan lucrativa.

Una efectiva política criminológica es entonces, algo mucho más que la amenaza de una sanción penal. Se trata de una política social que contempla la solución de problemas reales en muchos grupos sociales, los que carecen de casa, trabajo, comida, educación, recreación y transporte. De otro modo, carecen de una vida digna que pueda ser disfrutada con salud y felicidad.

La doctrina concede a la Criminología la posibilidad de actuar en el medio de la prevención del delito en forma general; y a su vez, la Criminología entrega a la Ciencia Penitenciaria todas las herramientas que tiene a su alcance para que lleve a cabo su función de prevención especial: El tratamiento del delincuente en la prisión, a fin de que el hombre caído pueda ser readaptado socialmente.

El medio más común que tiene el Estado en su función de prevención, la forma más visible, se encuentra en la norma penal. Como cualquier otra norma jurídica, se trata de una regla de conducta de cumplimiento obligatorio con la que pretende mantener la paz social, el respeto y el orden público. Además de mantener el equilibrio social, el respeto de los gobernados entre sí y de éstos con el propio Estado, facilitando el pleno ejercicio de la libertad dentro del ámbito de la democracia.

Pero a diferencia de otras normas jurídicas, la norma penal tiene un doble contenido: la descripción de una determinada clase de evento antisocial y la descripción de una determinada clase de consecuencia penal. La primera es el tipo penal y la segunda, la punibilidad. La norma describe una conducta acreedora de una pena al mismo tiempo que describe la sanción correspondiente. Tipo penal y pena, respectivamente. La norma penal preceptúa y sanciona. Ordena observar un comportamiento determinado y amenaza con acusar un mal al que se niegue a tenerlo. En el precepto está contenida la descripción de una conducta que debe ser actuada u omitida, descripción de la figura o tipo legal y cuya adecuación conductual constituye el delito y la descripción de la sanción o mal que sufrirá el que no cumpla con el precepto.

La amenaza de sanción obliga a respetar el precepto y éste contiene en sí un mandato a los órganos competentes del Estado de que aplique la sanción cuando se actualicen las condiciones establecidas por la norma. Estamos ante el concepto de punibilidad. Punibilidad es, entonces, la amenaza de un castigo consistente en la privación o restricción de bienes contenida en la norma penal y dictada por el legislador para la prevención general. La magnitud de la aflicción está determinada por la calidad del bien jurídico tutelado y por la magnitud del ataque que dicho bien ha sufrido. En resumen, punibilidad es la amenaza de una pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consagrados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

La punibilidad da lugar a una situación compleja que se resuelve en dos situaciones simples, la una activa y la otra pasiva. De otro lado, el reo puede ser castigado, o lo que es lo

mismo, es sometible a la pena. Poder estatal de castigar y sometibildad a la pena. Lo que implica un derecho a castigar y obligación de soportar la pena. Estos son los efectos en que se concreta la punibilidad. Efectos estrechamente vinculados entre sí y que son interdependientes. Por todo esto, la punibilidad debe ser entendida como que la aplicabilidad de la pena es una mera consecuencia del delito y no como un elemento de él. Opera como prevención general.

La aplicación de la pena a consecuencia del delito tiene por objeto restituir el imperio de la ley, estableciendo el orden jurídico roto. Estamos ante la punición, la que actúa una vez adecuada la conducta a la descripción preceptuada por la norma. La que se hace actual, personal; y concretiza la aplicación del castigo adecuado. Corresponde al poder Judicial su aplicación y es quien debe hacer la individualización tanto de la sanción aplicable como del sujeto acreedor de ella.

La punición cobra vida durante el proceso o procedimiento penal y es identificable en la sentencia ejecutoria. Tiene como fin reafirmar la prevención general fijando una particular y concreta privación de bienes del autor del delito, realizada por el juez y determinada cuantitativamente en función del valor del bien jurídico tutelado y la magnitud de la culpabilidad. La autoridad judicial al dictar sentencia y señalar en ella la pena individualiza su facultad de punir y llevar a cabo la punición. La individualización de la pena es una facultad netamente jurisdiccional. Se procede a través de un acto procesal independiente de la función legislativa. Sin embargo, no se debe olvidar el origen legislativo de la facultad de punir; ya que el precepto, en forma abstracta y general, por la decisión jurisdiccional se ha individualizado en el momento en que actúa la conducta ilícita.

La pena dentro del Derecho difiere de los demás castigos en que es causada por el Estado; es una sanción pública. Debe diferenciarse dentro de las penas que impone el Estado las que constituyen la consecuencia especifica del delito y las que provienen del orden administrativo. Las primeras las impone la autoridad judicial y son resultado de un proceso penal; las segundas son actos coercitivos o de poder propios del Poder Ejecutivo.

Sustancialmente la pena es la privación o reducción de un bien individual, puede ser definida como la privación de los bienes jurídicos de los gobernados, prevista por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al culpable de cometer un delito. Es el castigo legalmente impuesto por el Estado a aquel que habiendo adecuado su conducta al tipo penal, le ha seguido un proceso o procedimiento penal y lo ha encontrado culpable, por lo que le aplica una sanción en función de sus propios bienes jurídicos.

En resumen, la pena en un sentido amplio se integra por tres estadios:

1. Uno primero donde se ubica la punibilidad. Mera descripción general y abstracta, elaborada por el legislador conminando con una privación o restricción de bienes y es ineficaz sin la previa existencia de un delito. Funciona como medida de prevención general.
2. El segundo estadio es la punición; que es , en sí, un mandato particular y concreto dictado por el órgano jurisdiccional en la sentencia penal. Se legitima con la total comprobación de la comisión de un delito y es proporcional a la magnitud de la culpabilidad y al valor intrínseco del bien tutelado por el Derecho. Reafimando entonces, la medida de prevención general.
3. En tercero y último está la pena en sentido estricto. Aparece como un hecho particular y concreto que se determina por la culpabilidad y la personalización. Su cumplimiento es de competencia ejecutiva, tiende hacia la prevención especial, restringe bienes del autor del delito o lo priva realmente de ellos y se justifica por una punición previa.

Como generalidad, se dice que la pena tiende a obrar en el delincuente creando en él, por medio del sufrimiento, motivos que lo aparten del delito en el porvenir y lo reformen y hagan útil a la vida social. La pena tiene como fin la salvaguarda de la sociedad y por ello debe ser esencialmente retribuyente. La

pena no es más que una recompensa, es el mal que se sufre por el mal que se ha hecho. El que ha incumplido un mandato de orden jurídico es merecedor de un castigo y debe ser castigado.

Desde el punto de vista de la moral, la pena es una exigencia profunda e incoercible de la naturaleza humana de que el mal sea retribuido con el mal, así como el bien merece un premio. Como el delito constituye también una violación del orden ético, la conciencia moral exige que el delincuente sea castigado. Desde el punto de vista jurídico se afirma que el delito es la rebelión del particular contra la ley y como tal, se exige una reparación que vuelva a ratificar el imperio de la ley que es, además, la voluntad del Estado. Esta reparación es la pena.

La pena es intrínsecamente retributiva, aunque no limite su fin a la sola retribución. La pena existe para el caso de incumplimiento de la conducta debida y jurídicamente tiene el carácter de retribución por el acto delictivo perpetrado y en reproche para la culpabilidad del delincuente. La función retributiva pretende restablecer el equilibrio social que se ve perturbado por la conducta delictuosa junto con la recuperación del orden jurídico roto. Además de sancionar la falta moral, puesto que la norma jurídica está informada por la moral y tutela los valores del hombre en la sociedad, lo que es indispensable para la convivencia. El orden jurídico coincide esencialmente con el orden moral.

La retribución debe satisfacer a la opinión pública escandalizada y vencer el temor e inseguridad que le surge cuando se ha cometido un delito. Al mismo tiempo debe reafirmar la fuerza y autoridad de la norma jurídica y descalificar públicamente el hecho delictuoso como forma de repudio al crimen. La sociedad se siente segura cuando el Estado la protege y ampara.

El concepto expiación entrelaza el contenido penal y religioso de la pena. El primer pecado del hombre fue delito y el primer delito fue pecado. Todos los textos sagrados de todas las religiones cuentan cómo, en un inicio, el hombre se enfrenta a la divinidad y viola la norma. Al afrentar a Dios con su conducta, el hombre es reprimido por el sacerdote, guardián celoso de los deberes de los hombre para con su Dios y encargado de

castigar y reprimir cualquier conducta que ocasione la ira y venganza divinas.

El castigo del cielo lo aplica el sacerdote por su propia mano o por la mano del guerrero. El brujo, el hechicero, el sacerdote juzgarán y punirán y el castigo será impuesto en el nombre de Dios. Expiar es reparar un crimen por medio de un sacrificio o un castigo, es castigar al culpable para satisfacer a la deidad y evitar que ésta castigue a la comunidad en su conjunto enviando más y mayores calamidades. Impidiendo así que todos sufran por causa de uno.

Es el derecho canónico quien hace actual e incorpora la idea de expiación a la pena y es la Iglesia Católica la que identifica, en la historia más o menos reciente, la conducta antisocial con el pecado. Ella es la que intenta la salvación del pecado a través del aislamiento, oración y penitencia. Es la que establece instituciones de corrección de delincuentes y los trata como pecadores a fin de salvar su alma.

La expiación, castigo al culpable para reparar el crimen. Concepto e idea de pena, han servido para establecer sistemas penitenciarios de suma trascendencia organizados al estilo monástico. Otras sectas cristianas han creado métodos carcelarios como el de Pennsylvania, en donde y por medio de la meditación y aislamiento se pretende lograr el reencuentro del hombre con su Dios, con su prójimo y consigo mismo.

La pura amenaza de una pena debe servir para evitar conductas delictivas. El efecto de la punibilidad como daño a causar al que realice un crimen debe ser suficiente para que nadie se atreva a cometerlo. Luego, entonces, la prevención general se sustenta y actúa en cuanto a la presencia de la amenaza de una pena dirigida a los miembros de la colectividad, con el único fin de que éstos se abstengan de violar las normas.

La prevención general va dirigida a toda la sociedad, a nadie en lo particular y tampoco excluye a nadie. Nace en el momento legislativo advirtiendo a todos, en forma abstracta, de la posibilidad de un castigo para el que actúe en contra de la ley. Continúa durante el proceso demostrando que la advertencia no es en vano y que no hay impunidad para nadie.

La pena en función de prevención general debe tener carácter intimidatorio y ejemplar. El miedo a que se cumpla la amenaza y el temor de sufrir un mal debe ser suficiente para evitar que se cometa el crimen; y una vez cometido, el castigo debe ser dado en forma tal que, al verlo, nadie más se atreva a cometer otro. Lo que no implica la necesidad de aplicar penas crueles, vergonzantes o en degradantes espectáculos públicos.

Cuando la prevención general falla y la simple amenaza de un castigo no ha sido suficiente para inhibir al criminal, debe de operar la prevención especial. Es entonces cuando la amenaza se hace presente y el mal se hace aplicable para el caso concreto. Ahora la intimidación es dirigida a la persona del delincuente para obligarlo a que se arrepienta. Se hace actual la necesidad de reeducarlo. Todo esto para el fin de que no reincida.

La prevención especial busca una mejoría social y personal del delincuente, enseñando a éste a cumplir con las reglas de convivencia. Busca también la corrección y enmienda del criminal que, sancionado e intimidado, está convencido de que debe obrar con respeto a la ley.

Dolido en sus bienes, de los que ha sido privado o restringido, el delincuente se convence de que la enmienda es lo mejor, y de que al regresar al mundo social en libertad será respetuoso de la sociedad y respetado por ella. Este es el principal objeto de la pena de cárcel.

La prevención especial no opera con las penas eliminatorias como la de muerte o a cadena perpetua, entre otras. La idea de aplicación de estas opciones de punibilidad será para los que se consideren incorregibles e irreadaptables.

La pena como prevención especial será plena cuando con ella se haga prevención con fines de tratamiento, estableciendo la posibilidad de reforma y corrección, de readaptación social del sentenciado. Así, al decir prevención especial, se habla del tratamiento en readaptación social.

Aun de este modo y antes de iniciar la tarea de prevenir el delito en forma especial, se debe presumir que el sujeto en tratamiento antes de delinquir estuvo adaptado a la vida social, y que después de delinquir es readaptable y corregible. O bien,

se debe cuidar que el adaptado social, a pesar de haber delinquido no se desadapte, socialmente hablando. Pero, en verdad, no hay mal que por bien no venga.

La pena dentro del Derecho difiere de otros castigos en que es aplicada por el Estado, por lo mismo, es una sanción pública. El Estado aplica penas a los particulares por violaciones a diversas clases de normas; pero la pena pública por excelencia, o al menos la más temida y conocida por sus consecuencias, es la que constituye la consecuencia específica del delito. La sanción penal que impone la autoridad judicial por medio de un proceso seguido al delincuente es, desde luego, la más conocida y temida por lo que significa. El juzgador puede echar mano de un número muy grande de aflicciones que aplicar, yendo de las prohibiciones, pérdida de algunos derechos, pérdida de la libertad y hasta pérdida de la vida.

La justicia penal actúa por medio de la pena y ésta debe ser proporcional en calidad y cantidad al mal causado. Tomando en cuenta la importancia del deber violado y la gravedad que implica la violación cometida así como la determinación de la gravedad de las condiciones del hecho en lo particular, será la importancia, magnitud y gravedad de la pena impuesta. La pena es la manera de reinstalar el imperio de la ley y la fuerza del derecho. Tiene por requisito darse contra la voluntad del que viola el derecho o pone en peligro el bien jurídico tutelado. Entonces la pena, consecuente de la acción ilícita, sirve tanto de castigo como de prevención para la comisión de nuevos delitos, además de buscar la readaptación social del delincuente.

La pena vista desde el ángulo material, es la privación de bienes jurídicos de los gobernados, prevista por la ley e impuesta por el juez al culpable de la comisión de un delito, castigo legalmente impuesto al delincuente. Castigo y dolor, la pena impuesta antes de ser aplicada debe ser entendida como justa y restitutoria de la confianza en la justicia y el Derecho. Por tanto, el Estado debe cuidar que las penas sean justas, ejemplares, personales, divisibles, reformadas y retributivas; teniendo por objeto el reinstalar al sujeto dentro del orden social al que corresponde, readaptado e impedido de volver a delinquir.

La pena tiene un fin que debe ser entendido por su función y eficacia, por los efectos que produce y las razones por la que es adoptada por el Estado. Tales efectos pueden ser proyectados hacia el pasado o hacia el futuro: del pasado viene la idea de la represión, del futuro la idea de prevención. Es innegable que la idea de represión contiene, también, la idea de prevención.

La pena busca restituir, dentro de lo posible, a un hombre honesto al medio social que corresponde y que ha dejado atrás cualquier tendencia a cometer crímenes y ha olvidado cualquier relación delincuencial. Esto obliga a poner especial atención a la organización interna de las penas y a su funcionamiento; a preocuparse por los delincuentes, por los diferentes sistemas penitenciarios, por la organización de las prisiones, por el trabajo de los presos, esto sólo por citar ciertos intereses que le son esenciales.

La preocupación tradicional de la prevención especial es la pena de prisión y sus accesorias, al mismo tiempo que los beneficios con que puede retribuir a aquél que se esfuerza por recuperar el camino perdido. Incluye medidas educativas junto a aquellas que ayudan a capacitar para el trabajo; además del trabajo propiamente dicho, como únicos medios válidos, según el dogma constitucional, para buscar y lograr la readaptación social de los condenados. Pero también prevé las motivaciones a las que deben responder los sentenciados; se trata de aquellas figuras jurídicas que autorizan la libertad anticipada, como son la remisión parcial de la pena, la libertad preparatoria y el disfrutar de las últimas etapas del tratamiento preliberacional.

Es ilógico organizar un régimen penitenciario que no considere al ciento por ciento las características particulares del individuo y las causas que lo hicieron delinquir. El ejecutor penal debe tener las herramientas a su alcance que le permitan y faciliten llevar hasta su ultima consecuencia el propósito de readaptar socialmente al sentenciado. Son las Ciencias Criminológicas las que allanan el camino y permiten el tratamiento penitenciario. Al mismo tiempo, la Criminología verifica sus hipótesis y experimenta sus técnicas cuando se trata de

lograr la resocialización del sentenciado. La Criminología Clínica se actualiza en la Clínica Penitenciaria.

La Ciencia Penitenciaria tiene por objeto estudiar la multiplicidad de posibilidades para el tratamiento de los criminales en prisión, mientras que la Criminología aporta los métodos de investigación y experimentación que permiten descubrir los factores que causan la criminalidad. La aplicación práctica de la norma penitenciaria busca constatar la existencia de una relación de causa a efecto entre la aplicación de un régimen particular de ejecución de la pena, o de una técnica determinada de tratamiento y el comportamiento posterior del delincuente.

Retribución y redención dan paso al ser humano en su plenitud. La evolución de las ciencias obliga a que sea tomado como objeto de estudio, sobre todo por aquellas disciplinas que estudian su conducta, la que analizada en su contenido social considera enfermo al delincuente, socialmente hablando. De este modo, la pena se llena con la idea de tratamiento. Si el delincuente es un enfermo social, como tal debe ser tratado y sanado. Obligándose el Estado a establecer métodos de tratamiento, que partiendo del estudio integral del sujeto, elaborando un diagnóstico y haciendo un pronóstico pueda diseñar una terapia que le permita readaptar socialmente al sentenciado.

Corre a cargo de la Norma de Ejecución Penal la ejecución de las sanciones. Se trata de un conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad y que son operativas desde el momento en que es ejecutivo el título que legitima su ejecución. Presentan un contenido muy amplio que facilita la elaboración de reglas de observancia obligatoria para Estado y penado y que, de acuerdo con los fines jurídicos y sociales de las mismas, son impuestas por el mismo Estado para realizar su función punitiva. Esta norma proviene de la ley, se complementa con la doctrina y su aplicación no es exclusiva para la ejecución de sentencias. La norma es aplicable en la etapa procesal en lo conducente.

La Norma Jurídica de ejecución de sentencias se halla dispersa. Está contenida en diversos ordenamientos, y se integra con el articulado específico que se encuentra desparramado en

diversos códigos y leyes. Obviamente tanto la Federación como los Estados han elaborado su propia norma y para el caso del Distrito Federal, es aplicable la Norma Federal tanto a los reos sentenciados por delitos federales como a los sentenciados en el fuero común.

La legitimidad de la ejecución de sentencias está en su origen constitucional. La Ley Fundamental que asegurando en método claro y preciso para lograr la readaptación social del delincuente da a la pena un fin diverso: la eleva al rango de garantía constitucional y asegura al sentenciado un tratamiento que se traduce en un beneficio social. Es el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el que da vida a la norma. Garantiza al sentenciado un trato digno en prisión, le facilta la reincorporación social partiendo de la educación, el trabajo y la capacitación laboral para lograrlo. Declara las causas por las que procede la prisión preventiva y exige sea distinto sitio al que se destine para la ejecución de penas. Las mujeres y los hombre estarán separados y los menores infractores gozarán de un régimen especial. Establece la competencia dual para que la Federación y los Estados organicen el sistema penal en su propias jurisdicciones, pero siempre sobre base del trabajo, la capacitación para el mismo, como únicos medios válidos para lograr la readaptación social del delincuente.

Los Estados y la Federación podrán convenir, si sus respectivas leyes lo permiten, que los reos sentenciados por delitos del fuero común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal, y la República podrá celebrar tratados con otros países en donde nacionales mexicanos se encuentren compurgando sentencias penales y deseen sujetarse a los sistemas de readaptación social y ser repatriados. Pudiendo tratarse de extranjeros que deseen cumplir sus sentencias en su país de origen. Los gobernadores de los Estados, de acuerdo a la ley local, podrán solicitar la inclusión de reos del orden común en dichos tratados; la repatriación se hará siempre con el consentimiento expreso del reo.

Los códigos penales señalan la competencia del ejecutivo en la ejecución de las sanciones penales, pero siempre con consulta del órgano técnico que señale la ley. Presentan al juzgador un listado de penas y medidas de seguridad con que sancionar los ilícitos, entre las que sobresalen la pena de prisión; autorizan al ejecutor a substituir la pena impuesta por otras que se consideren más adecuadas en razón de la edad, el sexo, la salud, la temibilidad y la duración de la sentencia. Otorgan la libertad condicional y la libertad preparatoria, fijando las condiciones de procedibilidad para cada una de ellas, así como los controles a que deben sujetarse los beneficiados.

Los códigos de procedimientos penales también participan con diversas aportaciones a la materia. Para el ámbito federal, la Ley de la Administración Pública y el Reglamento interior de la Secretaría de Gobernación fijan la competencia administrativa, declarando que esta Dependencia es la apropiada para ejecutar las sentencias dictadas por los jueces penales de distrito en toda la República, además de ser la ejecutora de las sentencias provenientes de los jueces penales del fuero común en el Distrito Federal.

La Norma de Ejecución de Sentencias se complementa con los Reglamentos de los diferentes centros de reclusión, estatales o federales, además de la presencia de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos.

Queda por mencionar la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, ordenamiento expedido expresamente para organizar la ejecución de penas. Opera en materia federal en toda la República y en materia del fuero común en el Distrito Federal; existiendo una semejante, o al menos muy parecida, en cada uno de los Estados que integran el Pacto Federal. Las Normas Mínimas, nombre por el que la ley es mejor conocida, establecen el sistema penitenciario y entregan los fundamentos para lograr la readaptación social de los sentenciados. El sistema que establece exige la presencia de diez rubros perfectamente urdidos en su trama:

1. Presencia del personal penitenciario idóneo, preparado y profesional.

2. Arquitectura penitenciaria idónea y digna para servir de hábitat de seres humanos que habrán de permanecer él por mucho tiempo. Quizás por toda la vida.

3. Diseño y aplicación de un tratamiento progresivo y técnico, consecuencia de un estudio sobre el sujeto considerado individualmente, un diagnóstico coherente resultado de dicho estudio y el pronóstico del resultado final a obtener.

4. Clasificación criminológica institucional adecuada a la terapia readaptatoria y facilitadora de un tratamiento preliberacional

5. Implantación dentro de la institución de enseñanzas educativas y culturales, éticas y religiosas, deportivas y artísticas, cívicas y sociales.

6. Establecimiento de una escuela de arte y oficios que capacite al interno para una vida laboral competitiva, así como un sistema laboral interior, productivo y remunerador.

7. Regulación de las relaciones personales del interno con gente del exterior y de la visita íntima.

8. Método de aplicación de recompensas y castigo.

9. Tratamiento en preliberación extrainstitucional y concesión de la remisión parcial de la pena.

10. asistencia y ayuda al liberado.

El Tercer Congreso Nacional Penitenciario, celebrado en el Estado de México en 1969, recomendó la elaboración de un proyecto de código tipo de ejecución penal que pudiera ser aplicable en toda la República, y al mismo tiempo recomendó a los gobiernos estatales elaborar y expedir leyes propias para la ejecución penal. Estas dos recomendaciones fueron contradictorias; la ejecución de penas es materia federal, pero también local. El artículo 18 declara la competencia de la Federación y de los Estados para establecer en sus respectivas jurisdicciones sus propios sistemas penitenciarios. Aun así, el 18 de junio de 1971 inició la vigencia de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, ordenamiento fundamental para el desarrollo de una sana política penitenciaria en todo el país.

La Ley al fijar sus ámbitos de aplicación, determina que lo son el territorio del Distrito Federal, los reclusorios federales e individualmente, todos los reos federales en toda la República, en lo pertinente. Para este último efecto, así como para la orientación de prevención social de la delincuencia, autoriza al Ejecutivo federal a celebrar convenios con los Gobiernos de los Estados. Tales convenios de coordinación pueden incluir lo relativo a la creación y manejo de instituciones penales, entre las que se contemplan las destinadas al tratamiento de adultos delincuentes, alienados de conducta antisocial y menores infractores; debiendo dejar en claro la participación que corresponde a cada una de las partes en convenio. Todo esto sin perjuicio de lo prescrito en el Artículo 18 Constitucional acerca de los convenios por los cuales los reos sentenciados del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

De cualquier modo, los Estados de la Federación, por sus características de libertad y autonomía decidieron establecer su propia Ley de Normas Mínimas duplicando casi al pie de la letra el ordenamiento federal y, otros, promulgar una ley de ejecución de sanciones en las que quedaron incluidos los prospectos contemplados en las Normas Mínimas.

Así, de esta forma llega a la prisión, por disposición expresa, la aplicación de diversas ciencias disciplinarias pertinentes para estudiar y conocer al sujeto individualmente, permitiendo diseñar un tratamiento que al tomar las circunstancias personales, lo conduzca a la reincorporación social.

El siguiente paso en el proceso de readaptación lo da la clasificación criminológica de las instituciones, las que deben ser especializadas como aquellos establecimientos de seguridad máxima, media o mínima: colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e instituciones abiertas. Pero una verdadera clasificación no existe si por las etapas que atraviesa dentro de una progresión se carece de estudio y diagnóstico de un tratamiento técnico. El tratamiento está dividido en tratamiento en clasificación y tratamiento en preliberación, los que transcurren simultáneamente. El tratamiento debe fundarse en los resultados de los estudios de

personalidad que se practiquen al reo y que serán actualizados periódicamente. El primer estudio debe ser hecho inmediatamente después de que el juez dicte el auto de formal prisión.

El tratamiento será diseñado para cada recluso en lo particular y empleando las aportaciones que provengan de las diversas ciencias y disciplinas pertinentes que son empleadas para auxiliar a la reincorporación social del individuo y que toma en consideración, repito, las circunstancias personales de cada sujeto de estudio y tratamiento.

Dicho tratamiento es dinámico y avanza progresivamente en base a las recomendaciones que surjan de la constante observación del interno. El tratamiento está fundado en los estudios de personalidad que se practican al reo y que deben ser actualizados periódicamente. Así se obtiene un diagnóstico que permite pronosticar, conforme dichos estudios se actualizan, el éxito o fracaso del tratamiento. De este modo el pronóstico es justo y certero. Confirmando que el tratamiento diseñado y aplicado para la terapia social de reincorporación fue factible y atinado; o bien, que el técnico penitenciario está errando en el diseño, o peor aún, que se encuentra ante un irreadaptable o un incorregible.

El tratamiento en clasificación permite adecuar al interno en la vida institucional impidiendo que sufra mayores desajustes en su personalidad de los que ya ha sufrido y que lo han llevado a la prisión. Será acomodado entre personas de edad y cultura apropiadas, le será asignada una actividad laboral conforme a su experiencia previa y si por las condiciones del reclusorio esto no es posible, le será ofrecido un trabajo que esté de acuerdo a sus habilidades y vocación. Le será encomendada una actividad cultural y educativa relacionada a la educación y cultura que ya posea, además de la participación en actos de culto de la religión a la que pertenezca, junto con aquellas que despierten sentimientos favorables por la patria, el arte y el deporte.

En esta clase de tratamiento no puede olvidarse la conveniencia de promover y cuidar las relaciones sanas con gente del exterior y no olvidar la visita íntima, con el contenido moral y social que debe tener. El interno sigue siendo el jefe de

familia que requiere de espacio y tiempo para comentar y resolver en privado con su pareja, todas las vicisitudes que le aquejan, y a cuya intervención está obligado. Para el tratamiento de readaptación, la visita íntima es mucho más que la simple relación sexual.

El tratamiento en clasificación contempla la aplicación rigurosa del reglamento institucional como parte de la paradoja de la prisión. La pérdida de la libertad tiene como fin el que el interno aprenda a vivir y disfrutar su propia libertad. El respeto a la ley lo hará libre y, precisamente por no haberla respetado, se encuentra preso, privado de ella.

Ambas fases del tratamiento se inician y corren en forma simultánea. El tratamiento en preliberación se inicia justo en el momento de recepción del auto de formal prisión y este tratamiento tiene por objeto que el interno ejercite, poco a poco, su libertad. Al modo del sistema expiatorio, el interno será inducido a que acepte, sinceramente, su responsabilidad en la falta cometida y que lo hace merecedor de una pena de prïsión.

Cierto es que está en la etapa procesal y que ésta pueda terminar con una sentencia absolutoria, pero esto no impide que esta ayuda culmine impidiendo la desadaptación del preso en la cárcel.

Aceptada la responsabilidad, debe de operar el propósito de enmienda. El interno al correr de los días y progresar el tratamiento introyectará la pena comprendiendo lo inútil que es incurrir en las conductas que sancionan las leyes penales. Si el interno lo entiende y lo acepta, si pone de su parte lo necesario para redimirse se estará ante un hombre readaptado, o en camino de serlo, y no ante un buen preso. Un buen preso no necesariamente es un hombre sano, socialmente hablando. Una equivocación así conduce al fracaso y es preludio de reincidencia y no habrá operado, por tanto, la prevención especial.

La responsabilidad del delito ya aceptada, debe ser compartida por los familiares y amigos cercanos del interno. Entre todos participarán en el diseño de una nueva vida en libertad, aportando elementos personales y prácticos que impidan la repetición de conductas antisociales y faciliten a todos, pero en especial al interno, una vida plena de libertad en el futuro.

El esfuerzo hecho para readaptar es inútil si, tanto el posible readaptado como el readaptante, no están de acuerdo. El uno en serlo y el otro en poder hacerlo. El personal penitenciario encargado de esta tarea, por definición debe reunir los requisitos de vocación, aptitud, preparación académica; y debe ostentar los antecedentes personales adecuados. Pero todo esto no basta, debe aprender a manejar las situaciones y formarse en el ámbito carcelero y cursar todos los programas teórico-prácticos que se organicen para actualizar conocimientos e intercambiar experiencias.

Es el personal técnico, trabajando al unísono, el encargado de diseñar y aplicar en forma individual el tratamiento; de establecer para cada interno los tiempos de superación, el paso de una etapa a otra de acuerdo al método progresivo; de decidir y recomendar la ejecución de medidas preliberacionales; y, actuando en lo que es la motivación principal para el interno, recomendar se le conceda o niegue la remisión parcial de la pena, la libertad preparatoria o ambas. Y en aquellos estados de la República donde la ley penal lo permite, recomendar expresamente la aplicación de la retención cuando se ha fracasado en la tarea. La participación de la interdisciplina científica y técnica en las prisiones es la Criminología Clínica convertida en Clínica Penitenciaria.

El dogma constitucional exige que, además de conocer lo más posible al interno en su interior, la terapia readaptatoria se funde en el trabajo, la capacitación laboral y en la educación como únicos medios posibles para resocializar al reo. En consecuencia, la institución deberá contar con un centro escolar que sea, además, un lugar de adiestramiento en artes y oficios y con maestros capaces de dar al futuro obrero los conocimientos suficientes para aplicarlos en los talleres y centros de trabajo institucionales. Y aun mejor, algún día salir a la libertad capacitado laboralmente para enfrentar las ofertas de mano de obra como un obrero calificado.

El principio de legalidad que expresa que no hay delito ni pena sin ley que así lo considere, debe estar presente en las regulaciones de la vida intramuros. Si decimos que la prisión tiene por objeto el que el interno aprenda a vivir en libertad, los

reglamentos institucionales deben estar presentes como fundamento de aquel aprendizaje. La lista tanto de las infracciones y las correcciones disciplinarias que les correspondan, como de las que merecen un estímulo premial, debe ser muy clara y anterior a los hechos y, por supuesto, la norma procesal sumaria en donde, oyendo al reo en su defensa se compruebe la falta y la responsabilidad del mismo.

El interno es poseedor del derecho de audiencia, de petición y de queja y puede inconformarse de las sanciones impuestas por falta al reglamento, lo que obliga a la institución a entregarle al momento del ingreso, un instructivo con sus derechos y deberes detallados y una descripción del régimen general de vida.

La arquitectura penitenciaria es esencial, toda vez que el interno pasará buena parte de su vida dentro de la cárcel; por lo tanto debe ofrecer muchos y variados elementos arquitectónicos que faciliten poder habitarla sin demérito de la seguridad. Deben ser satisfechas las exigencias de la higiene, superficie mínima de espacio por persona, alumbrado, y teniendo en cuenta el clima, la ventilación con el volumen de aire adecuado y calefacción en donde sea necesaria. En el local donde el recluso tenga que vivir o trabajar las ventanas deben de ser lo suficientemente grandes que permitan el paso de la luz natural para que pueda leer o trabajar permitiendo, además, el paso de aire fresco. La luz artificial será suficiente.

Serán tomadas en cuenta, en los proyectos constructivos, las necesidades de recreación y de ejercicio físico, así como aquellas de orden espiritual y religioso, junto a las convenientes para llevar al cabo una vida social con visitantes externos. Los servicios médicos no pueden ser olvidados e incluso, tampoco, las áreas destinadas a segregación; las que reunirán los requisitos de seguridad e higiene necesarios.

Para culminar el proceso readaptatorio, no puede dejarse al egresado en el olvido. Los órganos asistenciales que ayuden moral y materialmente a los excarcelados son obligatorios, y los integrantes de tales organismos deben de reunir los mismo requisitos que son exigidos al personal de la prisión.

En resumen, el arte de readaptar consiste en diseñar y aplicar un tratamiento penitenciario que se finca sobre la individualidad y personalidad del procesado, soportado en las ciencias y técnicas que integran la Ciencia Penitenciaria y siempre buscando la corrección del corregible y la readaptación social del readaptable. Obliga a los funcionarios de prisiones a estudiar al recluso en forma integral en un continente biopsicosocial y, previo un diagnóstico, someterlo a un tratamiento en clasificación y a otro preliberacional. Ambos aplicados en forma simultánea, individualizada, progresiva y técnica tendientes a readaptar socialmente al desadaptado.

LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS DELITOS DE NATURALEZA FISCAL

Beatriz MOGUEL ANCHEYTA

SUMARIO I. *Introducción*. II. *Reforma al artículo 92 del Código Fiscal de la Federación*. III. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo de legislación en cuanto a la materia penal concierne ha sido importante en el presente sexenio, llegándose incluso a sustanciales reformas a nivel constitucional, con su repercusión en la codificación federal. Sin embargo, es un signo del trabajo legislativo actual, realizar modificaciones a las leyes, desde sólo un punto específico de la materia, sin considerar que las normas legales no afectan sólo un ámbito material, sino que tienen repercusión en toda la vida humana. Visto simplemente lo antes dicho podría resultar demagógico o un concepto moral vacío o dogmático: nada de eso. Las normas jurídicas forman parte de un todo humano formal, como engranes de una maquinaria o elementos de un sistema, que les da una naturaleza interdependiente: toda modificación que se haga dentro de un órgano, traerá repercusiones en la salud de todo el organismo del enfermo. El derecho participa de normas interrelacionadas, no aisladas, y es evidente que cada vez que se haga un cambio (aunque sea mínimo) en una materia, debe voltearse a ver alrededor y predecir de qué forma ese cambio afectará a otras materias ajenas, pero propias del mismo sistema, lo que generalmente no se cuida al momento de introducir elementos nuevos. Este es el gran error de la legislación.

Tratándose de delitos fiscales, el problema es bien palpable. Por un lado, nos encontramos con una materia de tipo administrativo, como es la fiscal, con una filosofía (preferiría llamarla *línea política*) de recaudación de riqueza de los gobernados para coadyuvar al gasto público, que en última instancia, regresará a éstos a través de bienes y servicios, mecanismos con el que se pretende redistribuir la riqueza en forma más equitativa que en la que se halla. Al menos este es el principio legal y moral de la facultad impositiva y como este ensayo no está encaminado a analizar la legitimidad de dicha función, ni su justificación histórica o política o social, o su contenido demagógico o el cumplimiento en sus fines, etc., prefiero partir de tal premisa, que forma parte del "deber ser", pero que finalmente es la explicación última de la legislación a que me refiero. Por parte del gobierno entonces, se encuentra la finalidad de recaudar la mayor riqueza posible y esto se obtiene de varias formas, ya sea aumentando las contribuciones, aumentando el número de contribuyentes, mejorando los mecanismos de recaudación, o bien haciendo mezclas de todos estos procedimientos. Para efectos de este ensayo, me interesa particularmente la última de las hipótesis mencionadas: los esfuerzos del gobierno para aumentar la eficacia en la recaudación.

Una de las formas por las que el gobierno siempre se ha inclinado para "motivar" el ánimo de los contribuyentes a pagar sus contribuciones, es el actualmente denominado "terrorismo fiscal". No quiero referirme al término de manera seria y formal, porque legalmente no existe, pero en la vida común, se traduce en una verdadera persecución hacia el contribuyente, con una constante amenaza (de ninguna manera sutil, más bien abierta, provocativa y retadora), con la oferta incondicional de ser perseguido legalmente hasta sus últimas consecuencias, con tal de que se pague el adeudo al erario. Cuando no exista una correcta y fundada justificación moral, la fuerza y el poder son los mecanismos coercitivos al alcance. La tipificación como delitos, de las conductas elusivas y evasivas de pago de impuestos (u otras contribuciones) se ha erigido como el medio ideal de "motivación", a través del temor a la sanción. La dureza de los procedimientos, la imagen de poder, de inflexibilidad, de prepotencia y de misterio en cuanto al acceso por parte de las autoridades, a una inimaginable e inagotable red de información, aunado a la publicidad gubernamental sobre las consecuencias del incumplimiento ("déle la espalda al contrabando", "si no cumples con Lolita, tendrás dolores", "advertencias del inspector Justo Morales", "pague, no pague consecuencias"), son los elementos encargados de influir en el ánimo de los ciudadanos el temor ante la sanción. Es común que la tendencia sea convertir en delictivas actividades y conductas que antes no lo eran, en una carrera inacabable: por un lado, los gobernadores ejerciendo su creatividad para salvar la mayor utilidad monetaria posible, por el otro, el fisco bloqueando los caminos y buscando el supuesto normativo para aumentar el ingreso fiscal, tratando de crear más medios para atraparlos y más mecanismos coercitivos para cobrarles.

II. Reforma al artículo 92 del Código Fiscal de la Federación

De las reformas sustanciales realizadas a diversas leyes impositivas a principios de este año, bajo la típica "miscelánea" de enero, destaca con importancia, la sufrida por el artículo 92 del Código Fiscal de la Federación. Dicho numeral establecía solamente los delitos que se perseguían por querella por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, siendo los previstos en los numerales 105, 108, 109, 110, 111, 112, 114. 115 bis (la reforma suprimió este último artículo). La modificación consistió en la adición del segundo párrafo, que establece ahora, que la querella debe formularse: "Independientemente del estado en que se encuentre el procedimiento administrativo que en su caso se tenga iniciado".

Como puede verse, se trata de la intención de aumentar la eficacia en la recaudación, a decir de la exposición de motivos del ejecutivo federal sobre las reformas, iniciativa recomendada, al parecer, por parte de asesores del gabinete económico o consultores externos especializados en materia fiscal, pero por lo mismo, ajenos al conocimiento de los principios y garantías existentes en materia penal. Aquí es donde viene a cuenta lo

dicho al principio de este texto: las reformas se hacen por especialistas en la materia, se aprueba con criterios rectores de la materia, se obedece a los intereses propios de la materia y se olvida su repercusión en otras materias. En este caso, se advierte claramente el interés político sobre el jurídico penal, ya que de un solo plumazo y sin justificación alguna, la reforma dicta que no es necesario concluir el procedimiento administrativo para formular la querella. Es notorio el interés de la autoridad hacendaria en su búsqueda contra la impunidad, pero el problema es que al hacerlo se mete con una cuestión que corresponde al ámbito del derecho penal, como es la querella.

La querella, es un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal; dicho de otra forma, es el elemento previo indispensable que debe agotarse antes de que el Ministerio Público realice la consignación. Dentro de la averiguación previa, existen múltiples actuaciones que el órgano investigador debe desarrollar para reunir las pruebas que acrediten los elementos del tipo del delito de que se trata; dentro de estas actuaciones, hay algunas netamente jurídicas como es la adecuación de la conducta a algún supuesto normativo, hay otras de tipo humano, como el recabar declaraciones de testigos, de la víctima, del propio acusado, pero hay otras también de tipo estrictamente técnico, como son los peritajes en diversas materias. Estas actuaciones no son propiamente requisitos de procedibilidad, como la querella, pero sí son actividades de investigación, que por pura prelación lógica, se deben de desahogar, a fin de descubrir la existencia o no de un delito.

Ahora bien, en la relación con algunos delitos fiscales, también existe el requisito de procedibilidad de la querella, así como también, actuaciones de averiguación, tendientes a descubrir la existencia de un delito. La autoridad hacendaria no adivina los ilícitos, sino que cuenta también con medios de investigación para descubrir fraudes al fisco. Estos medios se concretan en procedimientos de naturaleza administrativa, como son los procedimientos de aclaración, de consulta por parte de los contribuyentes, de reconsideración oficiosa sobre sus propias resoluciones, de revisión de contabilidad de deudores fiscales, de visitas domiciliarias, de recabar informes de

terceras personas, hacer compulsas o revisiones de gabinete, de formular determinaciones presuntivas o liquidaciones, etcétera. Es obvio que dentro de estos procedimientos, la autoridad hacendaria se apoya en peritos, en cotejo de documentación, y otras técnicas a fin de determinar la veracidad de una declaración, de un libro, registro, asiento contable, etcétera. La autoridad hacendaria debe pues sujetarse a estos procedimientos para dilucidar si existió o no una conducta delictiva, de tal modo que lógicamente debe agotarlos previamente hasta su conclusión, para poder formular la querella correspondiente (o la denuncia también, tratándose de los delitos que se persiguen de oficio). Estas actuaciones tienen el mismo valor que las realizadas por la policía judicial y se pone a disposición del Ministerio Público para que éste formule acción penal (art. 42, fracción VIII).

Existe un artículo, el 93 del CFF, que menciona que en cuanto la autoridad hacendaria tenga conocimiento de un delito debe denunciarlo enseguida, refiriéndose sólo a los que se persiguen de oficio. No obstante ello, considero que es aplicable a todo tipo de delitos, pues es evidente que como autoridad, está obligada a dar conocimiento de la presencia de un ilícito en cuanto lo reconozca. Pero aquí se llega al punto crucial: para denunciar (o querellares de) un delito, se requiere primero tener conocimiento de ese delito; para saber de la existencia de ese ilícito, primero debe realizarse la investigación al respecto. Pero la autoridad hacendaria no goza de los medios de investigación con los que cuenta el Ministerio Público. Cabe recordar que las autoridades sólo pueden hacer aquello que les está permitido o exigido, no más. Así que la autoridad recaudadora no puede llevar a cabo la investigación, *sino sujetándose a los procedimientos que le están expresamente autorizados* y ésta es una primera garantía constituida en favor del gobernado. Un inspector de Hacienda no puede llegar al domicilio fiscal solicitando la exhibición de documentos si no cuenta con una orden de visita, fundada y motivada, de autoridad competente.

Esa no es la única cortapisa que tiene la autoridad fiscal, pues no sólo tiene que sujetarse a los procedimientos estableci-

dos en la ley, sino de hecho y legalmente, está obligada a culminar hasta la consecuencia final, el procedimiento que esté llevando a cabo en cierto momento. Esta es una segunda garantía, porque no se trata de un proceso fragmentado de actuaciones diferentes, no; se trata precisamente de un mecanismo único de investigación, que debe desembocar en un resultado final, que es lo único que sí constituye una resolución en contra del visitado, como establece la tesis del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (publicada en el tomo X, correspondiente a julio de 1992 del Semanario Judicial de la Federación, pág, 328), de rubro: *ACTA FINAL DE AUDITORÍA. ES UNA RESOLUCIÓN FISCAL. DE CONFORMIDAD CON LAS REFORMAS AL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, VIGENTES A PARTIR DEL PRIMERO DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA.*

En forma complementaria, existe otra tesis del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito publicada en el tomo XII relativo al mes de octubre de 1993, página 512 del Semanario Judicial de la Federación, que dice: *VISITAS DOMICILIARIAS. ENTRE EL LEVANTAMIENTO DEL ACTA PARCIAL Y EL ACTA FINAL QUE DEBE LEVANTARSE PARA PRECISAR EL DESACATO AL REQUERIMIENTO DE EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS, DEBEN TRANSCURRIR CUANDO MENOS LOS QUINCE DÍAS QUE ESTABLECE EL SEGUNDO PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN II DEL ARTICULO 46 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.* Del examen armónico e integral de los artículos 40, fracción II, 85, fracción I, 42 fracciones II y III y último párrafo, y 46, fracciones I y IV del Código Fiscal de la Federación, se concluye que cuando en el desarrollo de una visita ordenada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a fin de comprobar que un contribuyente ha cumplido con las disposiciones fiscales y, en su caso, determinar las contribuciones omitidas.., los visitadores levanten un acta parcial para hacer constar la concreta omisión en que pudo incurrir el visitado de exhibir ciertos documentos requeridos por los primeros con motivo de la primera visita domiciliaria, la autoridad administrativa

debe levantar un acta final, para los únicos efectos del cumplimiento consignado en el acta parcial y en su caso su sanción, si la omisión no se consigna en el acta final que se lleve a cabo por cuanto *al objetivo propio* y *principal* de la visita, entre el levantamiento del acta parcial y del acta final que, en su caso, se levante para el solo efecto de precisar el desacato al requerimiento de exhibición de documentos, deben transcurrir cuando menos los quince días que establece el segundo párrafo de la fracción IV del aludido artículo 46 del Código Fiscal de la Federación. De no observarse este procedimiento *se infringiría en perjuicio del visitado la garantía de audiencia*, al no permitirle ofrecer las pruebas que estime conducentes para desvirtuar la omisión que se le atribuye, pues el párrafo final de la referida fracción IV de este último precepto legal, dispone que "Se tendrán por consentidos los hechos consignados en las actas a que se refiere el párrafo anterior, si antes del cierre del acta final, el contribuyente no presenta los documentos, libros o registros de referencia, o no señala lugar en que se encuentren, siempre que éste sea el domicilio fiscal o el lugar autorizado para llevar su contabilidad", sin que el mismo precepto legal distinga las actas parciales relativas al objeto específico de la visita, de aquellas que tengan por objeto hacer constar una concreta omisión del particular de exhibir documentos relacionados con la propia visita domiciliaria. Además, no sería jurídico que el Tribunal Fiscal, en el juicio de nulidad correspondiente, examinara de primera mano pruebas no analizadas o no ofrecidas en el procedimiento administrativo.

De lo anterior, se desprende una cuestión importantísima: el procedimiento de visita, principia con el acta inicial, en donde se previene el objetivo de la visita, de ahí, se van levantando actas parciales, en donde se hace constar el resultado de las actuaciones que se van practicando, cuando parece que ya no existe ninguna actuación que desahogar, se levanta la última acta parcial, en donde se debe hacer una declaratoria formal por parte de la autoridad visitadora, respecto de las omisiones e irregularidades que encontró, acta que debe notificársele al visitado. A partir del momento de la notificación, el contribuyente contará con quince días (por cada ejercicio revisado o

fracción, sin que en total excedan de cuarenta y cinco), para comparecer a alegar, exhibir pruebas, libros, registros o documentos, a fin de desvirtuar la presunción que se ha generado en su contra. Si transcurren esos quince días sin que lo haga, se entenderá que consintió las observaciones. Si exhibe pruebas, deberán ser estudiadas por la autoridad fiscal y en ambos casos, se emitirá el acta final, en donde se hará la declaratoria definitiva, sobre si el quejoso incumplió o no con sus obligaciones fiscales. De lo anterior, se desprenden varias cuestiones:

1o. Sólo el acta final de visita, constituye una resolución para efectos del amparo. A contrario sentido, las actas parciales sólo tienen un carácter provisional y los hechos que en ellas se contienen, son meramente presuntivos y no generan certeza, en primer lugar, porque son unilaterales, ya que sólo la autoridad ha obtenido los datos y admiten prueba en contrario; en segundo lugar, porque incluso existe una sanción hacia la autoridad, en que las actuaciones dentro de la visita pueden quedar nulas si no se levanta el acta de observaciones o el acta final, dentro de un lapso de nueve meses contados desde el inicio (art. 46 último párrafo CFF). Luego entonces, no puede formularse una querella contando sólo con el acta inicial o con actas parciales, porque se estaría basando en simples presunciones, y en información inconclusa.

2o. El acta final es la que tiene efectos declarativos, sobre la situación fiscal del contribuyente. Sólo en el acta final puede establecerse si el visitado incurrió o no en omisión de obligaciones hacendarias y en su caso, si cometió delitos fiscales, por lo tanto, el acta final es el requisito técnico indispensable para saber si hay o no posible delito y poder formular la querella.

3o. El procedimiento de visita otorga al visitado un derecho de audiencia, en el que puede ofrecer pruebas, y ésta es una garantía constitucional, que debe respetarse a pesar de cualquier interés social, que anime la recaudación, por lo tanto, la visita debe concluirse, dando oportunidad al contribuyente de ser escuchado. Es verdad que tratándose de delitos en general,

la comparecencia y declaración del inculpado no es necesaria para realizar la consignación, ni para emitir una orden de aprehensión y es que en la averiguación previa penal, no se establece una garantía de audiencia, en cambio en el caso del procedimiento de visita sí se otorga al gobernado y por tanto, debe respetarse.

Me he referido hasta ahora al procedimiento de visita, por ser bastante común, pero si llegara a existir, por ejemplo, una determinación presuntiva de contribuciones omitidas, la autoridad hacendaria debe notificarlo así al visitado y a partir de entonces, éste contará con quince días (prorrogables por el mismo lapso) para corregirse, pagando los adeudos. Aquí la garantía de audiencia opera incluso para dar una solución definitiva al problema.

De lo antes dicho, se puede hacer la siguiente aclaración: es verdad que el acta final de la visita, tiene el carácter de resolución para efectos del amparo, por ser la que causa el agravio directo en la persona del visitado, al señalarlo como omiso en el cumplimiento de sus obligaciones y ser la pauta para el inicio del procedimiento administrativo de ejecución. Pero ello de ninguna manera significa que tenga el carácter de verdad histórica incontrovertible y falta en contra del inculpado. Una vez deducida la querella, es evidente que el procesado contará con una garantía mínima de defensa y con un periodo de instrucción, dentro del juicio, en que podrá presentar pruebas para desvirtuar los hechos que se le imputan y esto ya cae dentro del derecho de audiencia del proceso penal, pero cuidado, nunca este derecho de defensa, debe sustituir al que debe otorgar la autoridad hacendaria dentro del procedimiento de visita, se trata de autoridades distintas y de procedimientos distintos, con resultas a actos distintos, que tienen afectaciones diferentes en el ámbito de derechos personales y patrimoniales del gobernado. En este orden de ideas, el CFF establece diversos supuestos por los que las pruebas que se recaban no son tan concluyentes: los hechos afirmados en los dictámenes de contadores públicos sobre los estados financieros de los contribuyentes, se presumen ciertos, pero admiten prueba en contrario;

incluso las opiniones o interpretaciones de los peritos, no obligan ni a las autoridades fiscales (art. 52); la determinación presuntiva de contribuciones omitidas también admite la prueba en contrario (art. 58); los datos que la autoridad recabe de la contabilidad del auditado, las cuentas o registros de movimientos bancarios y comerciales, los inventarios y demás instrumentos, deben ser analizados, y también se presumen correspondientes a las actividades del gobernado, salvo prueba en contra (art. 59); así como también, los informes recabados por parte de terceras personas (art. 62) y estas pruebas en contrario pueden presentarse tanto dentro del procedimiento administrativo, como dentro de los recursos y juicios ante la autoridad administrativa, y también ¿por qué no?, durante el proceso penal.

III. Conclusión

En conclusión, considero que el procedimiento de visita, así como cualquier otro que prevengan las leyes fiscales, deben ser concluidos antes de la formulación de la querella, por las razones expuestas: por prelación lógica, pues no se puede acusar de delito a alguien sino cuando haya certeza de que tal delito existe; por requerimientos técnicos pues es el medio de investigación con que cuenta la autoridad hacendaria, para descubrir los actos delictivos; porque los hechos que en ellos se descubren no son definitivos, sino hasta el acta final; porque las pruebas recabadas admiten siempre prueba en contrario y porque en el propio procedimiento se contiene una garantía de audiencia, que debe ser respetada, a costa de cualquier otro interés metajurídico.

En tal virtud, la reforma al artículo 92 del CFF, antes descrita, la considero inconstitucional por conculcar lo dispuesto en los artículos 14 y 16 constitucionales. El amparo tendrá por efecto, entonces, declarar la inconstitucionalidad de la reforma, en consecuencia, también del acto de aplicación y anularlo. Si se trató de una orden de aprehensión o auto de formal prisión, la autoridad investigadora podrá requerir que se recabe correctamente la querella y allegándose nuevos elementos, podrá

ejercitar nuevamente acción penal; pero si ya se llevó a cabo un juicio y se dictó sentencia, el inculpado no podrá ser juzgado dos veces por los mismos hechos y deberá quedar en absoluta libertad.

LA PSICOTERAPIA COMO TRATAMIENTO PARA PREVENIR LA REINCIDENCIA DE CONDUCTAS ANTISOCIALES

Ana Lucía PADRÓN GARCÍA

La pena surgió en el campo normativo como un castigo que daría respuesta al delito. Actualmente, y como resultado de las innovaciones penitenciarias de 1971, el binomio *pena-castigo* ha dejado de tener peso ante la noción de *pena como medida de readaptación social.*

Separando las partes que integran el concepto, por cuestiones didácticas, hablemos del primer término: *la pena*. La pena es, según Castellanos Tena, el castigo lentamente impuesto por el Estado al delincuente para conservar el orden jurídico.

Pero preguntémonos: ¿Quién es el delincuente? ¿quién está sujeto a la pena? ¿quién está exento de ella? ¿a quién se le acredita con los términos de imputable o de inimputable?

No son interrogantes ociosas, surgen desde la descripción del término *imputabilidad*. La imputabilidad, según la define De la Barreda, consiste en la capacidad de comprender la ilicitud del hecho concreto, es decir, la capacidad de culpa. Cuando la conciencia está anulada no hay voluntabilidad y, por ende, no hay imputabilidad; por el contrario, si sólo está perturbada, no hay imputabilidad pero sí voluntabilidad.

Islas señala que la capacidad psíquica frente al delito reside en la conciencia. Esta es un estado de vigilia regido por el juicio crítico, que posibilita al individuo percatarse de sí mismo y del mundo circundante y de que a pesar de comprender la ilicitud de la acción, decide actuar dándose cuenta de la realidad y de que sus actos se desenvuelven en un medio social.

Cuando no existe la capacidad para entender la prohibición penal específica estamos ante un inimputable, que puede actuar debido a un trastorno mental permanente o transitorio o bien a una falta de desarrollo.

El estado mental transitorio, señala Islas, "es una perturbación de la conciencia que padece el sujeto durante el tiempo en que lleva a cabo la actividad o inactividad típica".

Existen trastornos de personalidad que ocasionan en el individuo una pérdida parcial regresiva de la capacidad de distinguir entre lo irreal y lo real, que lleva al sujeto a emplear un arsenal de defensas primitivas, entre las que figuran la escisión, la negación, la proyección y la disociación.

Son pacientes de quienes, por la magnitud de su delito, podríamos asegurar que atravesaban por un evento psicótico, pero que en el momento de su ingreso a prisión no les aparecían huellas visibles de esto, aun cuando en la realización del estudio de personalidad presentaban rasgos clínicos que desafiaban a las clasificaciones. Por ello, y por la ausencia de un diagnóstico preciso que justificara la inimputabilidad, el juez podía condenarlos presumiendo imputabilidad del delito.

Resumiendo, podríamos decir que la *pena*, al estar mal evaluada, conduciría por mal camino al otro elemento del binomio: *la readaptación social*.

Siguiendo nuestro análisis en relación al concepto de *readaptación social*, la Escuela Positiva menciona que la historia de la pena ha transcurrido por cinco etapas (Enrico Ferri): la de la venganza privada; la de contenido religioso; la de moral o ética; la de sustento ético-jurídico; y por último, la de contenido social que considera al delincuente un enfermo socialmente hablando. En este punto se basan las políticas de readaptación social.

Hoy se piensa que la pena, más que una aflicción, debe ser una ayuda al delincuente para que nunca más vuelva a delinquir.

En cuanto el delincuente es concebido como enfermo social, la pena se nutre con la idea de tratamiento. Si el delincuente es un enfermo social, como tal debe ser tratado y curado. Con ello, el Estado se obliga a establecer métodos de tratamiento

que partiendo del estudio integral del sujeto, su diagnóstico y su pronóstico, lo conduzcan hasta la real y efectiva readaptación social.

La ciencia en el terreno penitenciario ha señalado al hombre como objeto de estudio, particularmente aquellas ciencias que estudian su conducta. Es por ello que ahora se intenta aprovechar al máximo sus recursos para insertar al delincuente inadaptado en un núcleo social funcional.

El artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su segundo párrafo, ordena a los gobiernos de la Federación y de los Estados organizar el sistema penal en sus respectivas jurisdicciones sobre la base del trabajo, capacitación para el mismo y la educación, como medios para la efectiva readaptación del sentenciado. Pero la ley secundaria exige que la readaptación social se revele por otros datos, que no serán únicamente el trabajo y la educación.

En un enfoque criminológico multidisciplinario, resulta de suma importancia el conocimiento de la estructura de la personalidad del individuo delincuente. Este arrojará datos importantes para establecer el tratamiento que debe brindársele para lograr su readaptación, ya que sabemos que la integración de los estudios de personalidad serán la base para determinar cuantitativamente las causas psicológicas que dan origen al hecho ilícito y, por ende, conocer cuál es la situación futura a prevenir.

Por esta razón, es necesario aclarar que existen problemas en el diagnóstico psiquiátrico para la realización de una identificación precisa. Actualmente encontramos categorías diagnósticas variadas, que en forma alguna pueden reducirce a los trastornos neuróticos y psicóticos o a los estados afectivos importantes. Los trastornos limítrofes o *borderline*, que en mi opinión pueblan los centros de readaptación, no pueden dejar de ser considerados.

Usualmente, la concepción descriptiva del diagnóstico se centra en los síntomas y en la conducta observable, en la historia de la vida del sujeto, en los resultados psicométricos y en algunos datos genéticos relevantes. Todos éstos, ciertamente, aportan información valiosa y necesaria. Sin embargo, sabe-

mos que la información ha resultado no ser la suficientemente precisa cuando se aplica a trastornos de la personalidad. Es decir, en pacientes o sujetos que no encajan con facilidad en alguna de las principales categorías diagnósticas de enfermedades psicóticas o neuróticas.

Las medidas de prevención, aunque puedan partir de criterios generales para una mejor planeación, deben producirse a partir de la individualidad de las personas.

Es necesario prescindir de nuestra ideología clásica criminológica, del modelo de César Lombroso, según el cual el delincuente debe de contar con un tipo específico de apariencia y personalidad. Estas concepciones deben ser erradicadas, cediendo el espacio para la ubicación de una personalidad individualizada y única.

Para ilustrar lo anterior tomemos uno de los eventos ocurridos durante la segunda guerra mundial: los ejecutores de crímenes en contra de la población judía no contaban en sus antecedentes con historiales de trastornos psicológicos. Eran personas normales, con una actuación familiar y social adecuada. O, con un ejemplo más reciente, pensemos en los torturadores: personas que se confunden con cualquier otra, que sólo actúan su patología en un medio reducido ante una situación dada, sin existir sintomatología alguna que indique la existencia de una estructura psíquica tan precaria.

Es por ello que la proposición de este trabajo es normar los criterios para la atención individualizada de los internos. Esto se puede hacer a través de la psicoterapia, en adición a las medidas ya existentes.

Las personas que se encuentran recluidas no tienen acceso a un servicio de psicoterapia constante y formal, a pesar de que las normas para el personal de las prisiones dice que: "El régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de períodos de estudios y diagnósticos y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional".

Los resultados de los estudios de personalidad practicados son de suma importancia para determinar las técnicas, entre las diferentes clases de psicoterapia, que más beneficien al paciente. Las normas técnicas de aplicación son del dominio exclusivo del psiquiatra o del psicólogo clínico, ambos con la formación específica y necesaria para ello. Es fundamental que no sea una "terapia silvestre", práctica muy peligrosa por estar en manos de personas no entrenadas que, en lugar de ayudar, producen, iatrogenias severas.

La psicoterapia ha revolucionado los conceptos ortodoxos de la teoría psicoanalítica. Los avances han sido notables en este campo.

Existen críticas al psicoanálisis como corriente en su relación a la Justicia Penal, no así en cuanto a la estrategia para la readaptación del individuo.

Kaiser, citado por López V., dice que se puede clasificar de tragedia la historia de la recepción de conocimientos psicoanalíticos por la justicia penal. La situación se debe también a la circunstancia de que el derecho penal no logra incorporarse a la doctrina psicoanalítica de la enfermedad, que trata de comprender al delincuente en su determinación psíquica.

Tales aseveraciones parten del equívoco fundamental de creer que el psicoanálisis es un discurso tendiente a justificar todos y cada uno de los actos humanos. Si bien es cierto que han existido quienes han sostenido una tendencia semejante, tanto entre los psicoanalistas como entre los juristas, ello no es atribuible a la teoría ni a la técnica psicoanalíticas. Es, en todo caso, la interpretación de los conceptos y el uso de herramientas desde una concepción del hombre inspirados más por la moral que por un espíritu científico (clínica).

Hemos de tener presente que el psicoanálisis no juzga y, por lo tanto, tampoco disculpa; no perdona ni desdibuja la responsabilidad subjetiva frente a un hecho. Esta ha sido una enseñanza sostenida desde los inicios del psicoanálisis: ya en 1900, por ejemplo, en "La Interpretación de los Sueños", Freud enfatizó que el deseo subyacente a las producciones oníricas (los sueños) no deberían dejar de ser analizados ni considerárseles sin importancia por el hecho de haberse producido fuera del estado de conciencia.

Resumiendo: el psicoanálisis explica e interviene en el comportamiento humano, no lo justifica ni lo perdona. Además de

servir como un método curativo, es un instrumento de indagación y un sistema teórico que permite explicar el cuño de los actos.

Como instrumento diagnóstico sirve para buscar elementos que presuponen la incubación de un trastorno mental en alguna época del desarrollo del delincuente. Cuando un infante no ha recibido los cuidados de la madre, no sólo no se integra sino que se ve expuesto a activos procesos de desintegración provenientes de fuentes defensivas y también de fuentes destructivas. Esto incrementa y complica los estados no integrados, creando un desarrollo anormal cuyo resultado es una fragmentación, una estructura precaria. Esta información, la mayoría de las veces y debido a la magnitud de los sucesos, está reprimida bajo el proceso de la amnesia infantil y ante situaciones estresantes es actuada por el sujeto sin la intervención de la conciencia.

Características similares integran la historia de vida de los internos de los penales. Se necesita que estas fijaciones, cuya operación produce daños severos en la actuación de estas personas, sean resueltas de la mejor manera posible.

Es a todas luces necesario, como lo contemplan las normas para las prisiones, efectuar un trabajo elaborativo a través de la psicoterapia. La forma propuesta es la Psicoterapia Psicoanalítica, en cualquiera de sus modalidades: breve expresiva, etc. La Psicoterapia Breve, con un número fijo de sesiones, focalizando la problemática, por ejemplo, sería el tratamiento de elección si se requiere instrumentar una técnica para abarcar un problema a corto plazo por una necesidad específica.

De acuerdo con Rubin (1986), la psicoterapia breve con orientación psicoanalítica tiene los siguientes objetivos: Trabajar sobre las áreas deficitarias; reducir las fuerzas del Superyo; ayudar al paciente para hacer más efectivas las funciones del Yo; ayudar al paciente a regular y a descargar energía por medio de un camino constructivo.

El manejo de las diversas técnicas psicoanalíticas llevan al mismo camino: ayudar a la persona que sufre; ..."es al corazón del delincuente al que, para curarlo, debemos llegar, y no hay otra vía para llegar a él sino con el amor" (Carnelutti).

Psicoanalistas y psicoterapeutas concuerdan en que el cambio psíquico se logra mediante el análisis de las resistencias, de las defensas, de los conflictos y de las transferencias, vinculándolos con grandes compromisos afectivos. Lo importante es contar con un equipo seleccionado adecuadamente, integrado por psicoanalistas o psicoterapeutas expertos en el arte de la técnica psicoanalítica que, además, cuenten con un conocimiento amplio del ambiente penitenciario. Es un requisito contar con experiencia previa dentro de estas instituciones.

Considero necesario compartir con ustedes los frutos de mi experiencia en el trabajo psicoterapéutico en prisiones. Los resultados obtenidos son importantes.

A mi llegada al Centro de Readaptación para Mujeres (Tepepan, D.F.), con el fin de brindar ayuda a través de la psicoterapia a internas que así lo requerían y sondear el terreno para buscar los candidatos idóneos, las autoridades encargadas me mostraron la necesidad urgente de brindar el servicio a una persona en estado de gravidez: sus antecedentes penales hacían que este evento, muy gratificante en otros casos, pusiera en riesgo la situación de la interna y del producto, pues ella estaba recluida por el delito de filicidio.

Con ella se inició una investigación a la que se sumarían otros casos.

Se consideró la necesidad de una intervención psicoterapéutica de urgencia, con el fin de ayudarle a crear un vínculo materno-infantil más adecuado y de esta forma favorecer una relación menos patológica con el futuro bebé.

Este tipo de intervenciones psicoterapéuticas resulta necesario en cualquier mujer que experimente alteraciones en el embarazo. Es una experiencia comprobada y llevada a cabo de ese modo en el Instituto Nacional de Perinatología. El objetivo específico es favorecer la formación vincular y corregir las distorsiones que en ocasiones se comienzan a formar en estas etapas tempranas.

Relato a continuación dos viñetas:

SELENE. Es una mujer cuya figura refleja desde la primera impresión, la vaguedad de su vida. En el inicio del tratamiento, su proceso gestacional no se evidenciaba, a pesar de estar avanzado, lo cual probablemente respondía a su deseo de que éste pasara inadvertido por los que le rodeaban y al miedo existente respecto al futuro incierto para ese hijo por nacer.

No es extraño que tenga miedo en relación al destino de su bebé dado que Selene se hallaba en la cárcel por haber dado muerte a sus dos pequeños.

La madre de Selene se unió primero a un hombre con quien procreó varios hijos, todos varones. Posteriormente estos medios hermanos habrían de ejercer su implacable autoridad sobre Selene, incluso cuando ésta ya había establecido una relación formal y adulta.

Después de ser abandonada por su primer compañero, la madre se unió a otro hombre con el que tuvo ocho hijos, entre ellos Selene. La madre casi no se ocupó de ella, por lo que fueron las parejas de sus medios hermanos mayores quienes se encargaron del cuidado y educación de estos hijos.

Este tipo de situaciones habitualmente generan mucha agresión e incomodidad en las personas cuando tienen que asumir obligaciones que no les corresponden, malestar que se manifestó en el maltrato a Selene —el eslabón más débil, idóneo para hacerle jugar el papel de chivo expiatorio—, por lo que resultó especialmente traumatizada y con un bloqueo en la etapa de separación-individuación —descrita por Mahler (1968)—, quedando, en consecuencia, con serias carencias en su proceso de autonomía como sujeto. Más tarde, al llegar a la etapa edípica, Selene no tuvo acceso a un padre a quien amar ya que, debido a su alcoholismo, la madre le había exigido a éste que abandonara el hogar. En su lugar quedaron, como figuras masculinas, las de los hermanos mayores, agresivos y déspotas. En estas condiciones, sin una madre con quien identificarse adecuadamente en su rol femenino, y sin un padre adecuado en el cual depositar su libido en incipiente maduración, Selene quedó en un estado de confusión en el que no podía distinguir con claridad entre las experiencias de amor y las de odio.

Lo que Selene recuerda con claridad de su infancia es haber crecido con una sensación interna de ser mala. Esto se debía a que con frecuencia era reprendida por su madre por irse a jugar con las amiguitas del barrio y por ser perezosa para la realización de sus tareas escolares o ayudar en los trabajos de la casa. Ella prefería andar por las calles.

Como consecuencia de una situación familiar precaria, su vida escolar quedó truncada, ya que, aunque terminó sus estudios primarios y quiso continuar con la educación secundaria, no pudo hacerlo porque la madre le exigía que contribuyera con una aportación económica al sostenimiento de la casa. Por lo tanto, desde muy joven entró a trabajar como doméstica.

La entrada en la adolescencia y el despertar de su sexualidad también resultaron particularmente traumáticos, ya que su novio, con el que estaba aprendiendo a ser mujer, "la traicionó y abusó de ella" en ocasión de una fiesta a la que Selene acudió con él. Fue drogada por éste y, posteriormente, aprovechando su estado de inconsciencia, violada. Como resultado de esta trágica relación, Selene quedó embarazada y a su tiempo, luego de un trabajo de parto que se prolongó veintidós horas (durante las cuales pedía a gritos que "se lo arrancaran") dio a luz a un hijo. El bebé nació con estrabismo, por lo que fue etiquetado por la familia como defectuoso: como "un hijo del diablo" y fruto del pecado en el que se había hecho evidente la grave maldad de Selene. Ella se hizo cargo del recién nacido y trabajó para mantenerlo; sin embargo siguió viviendo en el hogar materno.

En estas condiciones, ante su incapacidad para hacerse cargo de sus recién asumidas funciones maternas y para resolver su problemática, Selene tomó la decisión de suicidarse mediante un procedimiento sencillo y expedito, "algo que no deje huella" —según sus palabras— arrojándose al paso del Metro. Para su fortuna, en el momento en el que estaba a punto de consumar el acto fue detenida por un usuario y, luego de ser atendida, renunció, al menos por el momento, a su propósito autodestructivo.

Al poco tiempo apareció en la vida de Selene un pintor de brocha gorda —al que llamaremos Pedro— que se interesó en

ella e intentó protegerla del ambiente familiar hostil en el que vivía. De esta forma la hizo su pareja y se la llevó a vivir con él. Al principio de la relación las cosas marcharon más o menos bien, Pedro acogió y protegió al hijo de Selene e intentaba asumir el papel de un buen padre con el niño. En forma totalmente inesperada y contra su deseo, Pedro reaccionó con sentimientos encontrados, hostilidad y franco rechazo.

El embarazo de su pareja provocó la eclosión de una patología de tipo paranoide debido a la cual Pedro comenzó a beber, alcoholizándose con frecuencia y a desarrollar una serie de ideas cuyas graves distorsiones comenzaron a provocar roces y dificultades importantes en la relación de pareja, dado que acusaba a Selene de que el hijo que estaba gestando no era de él. La desconfianza y suspicacia creciente pronto desembocaron con el maltrato físico, situación en la que los golpes no eran sólo para Selene, sino que también recaían sobre su hijo que llegó a sufrir intensamente por el cruel maltrato que recibía de Pedro, principalmente cuando llegaba alcoholizado. Cuando llegaba a altas horas de la noche en condiciones de ebriedad despertaba al niño, haciendo que se levantara y se pusiera a "marchar" militarmente con el fin de que creciera y se formara como un sujeto de "vigor", prohibiéndole además llorar cuando el pequeño manifestaba su cansancio.

En medio de esta intensa y, para ella, insoluble crisis de pareja, Selene perdió al fin el tan pobre control yoico que tenía y cayó en un derrumbe psicótico, dejándose llevar por la desesperación y el caos. Sin encontrarle salida a una situación que le provocaba un dolor intolerable, decidió terminar con la vida de sus dos pequeños hijos estrangulándolos con un paliacate.

Luego de darles muerte trató de suicidarse, sin lograrlo. En estas condiciones fue juzgada, condenada y recluida en la cárcel. Luego de un tiempo de permanecer en prisión se embarazó encontrándose en un grave conflicto pues este evento, que para la gran mayoría de las mujeres es motivo de alegría e ilusión, en ella se manifestaba con un franco rechazo, tenía miedo que algo le pasara al bebé. Pronto se hizo evidente una grave incapacidad para asumir su futura maternidad, así como la distorsión con la que comenzaba a establecer el vínculo con su bebé en formación.

SOLEDAD. Soledad siempre ha vivido con la sensación de que su presencia en el mundo comenzó como un acto tan cotidiano, que no tuvo ningún valor ni relevancia. Su madre se hallaba desgranando mazorcas cuando ella nació sobre el petate en forma semejante a como caían los granos de maíz. La incapacidad de la madre para hacerse cargo de sus hijos, su grave limitación para proporcionarles contención de sus ansiedades, para llevar a cabo sus funciones de atención y cuidado de sus necesidades, así como para trasmitirles seguridad y protección desde el inicio de su desarrollo, contribuyeron a la formación en Soledad de un síndrome multicarencial. Su actitud irresponsable propició que muy pronto dejara a sus hijos al cuidado de otros familiares.

Cuando Soledad tenía cuatro años de edad, etapa en la que resulta particularmente relevante la presencia de los padres, fue excluida del hogar y enviada lejos de la madre, a la casa de la abuela materna, situada a muchos kilómetros de la madre, con el fin de evitar toda posibilidad de retorno. Como es natural suponer, su infancia transcurrió plagada de grandes privaciones, por lo que desde una edad muy temprana tuvo que trabajar para poder subsistir. De esta época quedaron grabados en su psiquismo infantil las sensaciones de rechazo, tan primario, de que fue objeto y la vivencia del engaño.

Pese a todo, la necesidad de tener una madre que la aceptara y rescatara fomentó su esperanza de que algún día podría reencontrarla, por lo que esta fantasía estuvo presente durante toda su vida infantil y determinó que aprovechara cualquier oportunidad que se le presentaba para estar con ella nuevamente, evento que sólo ocurrió hasta que Soledad tuvo nueve años de edad. Sin embargo la alegría que este regreso le proporcionó pronto resultó empañada por la muerte de su padre, figura muy importante para Soledad y cargada de afectos tiernos, pues él se encargaba de velar por sus hijos y era el proveedor de los alimentos cuando ellos estaban en el hogar.

Las frecuentes ausencias de la madre incrementaban la sensación de abandono en los hijos, provocando que Soledad, atando cabos tratando de entender las causas, estuviese convencida de que su madre se dedicaba a la prostitución.

En el inicio de la etapa adolescente, luego de la muerte del padre y habiendo incluido la madre una nueva pareja en su vida, Soledad fue víctima de un brutal intento de violación por parte del "padrastro". Este evento marcó el inicio de su despertar sexual y de un nuevo rechazo de la madre, a la que había acudido en busca de apoyo y comprensión. Ésta no sólo hizo caso omiso del suceso, sino que la repudió acusándola de haber provocado el doloroso episodio. Ante esta situación, Soledad se vio compelida a huir de su casa, en un estado de gran confusión en la que sus necesidades de maternaje, el sentimiento de abandono y —de búsqueda— y sus nacientes pulsiones sexuales se confundieron y se volvieron indistinguibles. En estas condiciones, sin saber a ciencia cierta qué era lo que buscaba ni cómo satisfacer sus frustradas necesidades primarias, encontró una pareja en un intento por mitigar su dolor y como una forma de ayudarse a paliar su avidez de cariño. Sin embargo, al no contar con los recursos emocionales adecuados para retener una pareja y dada su necesidad compulsiva de repetir las experiencias de rechazo, fue abandonada —de nueva cuenta— por su efímero compañero, quien la dejó embarazada.

Más adelante conoció a Luis, un joven con el que pudo establecer un vínculo adecuado en apariencia, por lo que su situación comenzó a cambiar favorablemente. El hijo que le nació fue aceptado por Luis y pronto empezaron a trabajar ambos con el fin de obtener mayores beneficios y acceder a un nivel de vida superior. El panorama parecía halagüeño para la pareja, cuando Soledad se embarazó de nuevo. Al término de su gestación fue llevada al hospital, donde dio luz a su segundo hijo.

Poco tiempo después de haber regresado del hospital Soledad se encontraba barriendo el patio cuando escuchó un ruido extraño en el interior de su casa. Al entrar encontró a su hijo mayor yacente en el suelo con la cabeza sangrando y a su lado a su pareja arrodillado y llorando ante el pequeño. Ante lo sucedido, tomó a su hijo y lo llevó de inmediato al hospital donde fue atendido de inmediato en el departamento de urgencias. Allí se hizo el diagnóstico de un grave traumatismo cerebral cuya causa se sospechó era debida a que el infante había sido azotado contra la pared. El niño murió en pocos minutos, por lo que Soledad fue aprehendida en ese momento y, posteriormente, juzgada y condenada a una pena de 22 años. Debido a las características del crimen, a las condiciones de desvalimiento y de pobreza cultural y educacional, no existió ninguna posibilidad real de que Soledad hubiese podido apelar para conseguir su libertad, incluso en el caso de que fuese inocente.

Algún tiempo después, el aislamiento consecutivo a su permanencia en la cárcel y el rechazo de que fue objeto por parte de sus familiares luego del crimen cometido, provocaron una intensificación de su sensación de soledad y abandono. En estas condiciones, buscó el apoyo, el cariño y la cercanía de un empleado del penal de quien, al poco tiempo, quedo embarazada. Se trata de una gestación ocurrida sin su deseo, ya que Soledad planeaba la posibilidad de tener otro hijo sólo cuando su hijo actual hubiese cumplido los seis años, edad máxima que las disposiciones carcelarias le permiten tenerlo con ella. Según sus cálculos, tener un hijo cada seis años podía paliar el doloroso aislamiento que sufría.

Este embarazo provocó en Soledad una intensa angustia desorganizante, afecto intolerable del que trató de defenderse, primero recurriendo a la negación y luego a través de un franco rechazo del bebé que se manifestaba en la ideación de regalarlo apenas hubiese nacido.

Durante el periodo en que ofrecí mis servicios dentro del reclusorio, la demanda fue constante debido a que no existe, como ya mencioné anteriormente, ayuda formal para pacientes que así lo requieren. En ese año y medio en el cual asistí una vez por semana, con excepción de los periodos vacacionales, el trabajo fue constante.

Con respecto a la técnica de la psicoterapia, la alianza de trabajo como se establece en otras situaciones resultó muy diferente desde el inicio. Esto está relacionado con la desconfianza: 1. Por la percepción que se tiene de la figura de psicólogos

y psiquiatras dentro de la institución, cuyo trabajo tiene peso importante en la evolución del caso penal dentro de la institución. 2. Por la falta de estructuración de una "confianza básica", condición necesaria para el trabajo psicoterapéutico. Esta se debió formar en los primeros años de vida en base a los cuidados maternos. Sabemos que en estas personas no se desarrolló adecuadamente. Sin embargo y no obstante a esto, se trabajó, pudiendo ser esta alianza tan fuerte como para soportar los embistes agresivos provocados por sus mecanismos primitivos. 3. El trabajo de psicoterapia con este tipo de pacientes fue particularmente difícil, dado el antecedente de ser mujeres que antes de entrar al tratamiento habían asesinado a sus propios hijos, lo cual resulta inadmisible para cualquiera dentro del contexto social, ética y humanamente hablando.

No es fácil abordar el tema de las intensas proyecciones que invaden a cualquier terapeuta que trabaje con este tipo de pacientes, las defensas que emergen ante la magnitud de los afectos provocados pueden incluir una cierta tendencia a la actuación por parte de los terapeutas (regaños, inasistencias, etc.).

Los antecedentes homicidas de Selene y Soledad, junto a la existencia en ellas de fallas estructurales que provocan la emergencia de afectos y reacciones emocionales primitivos, obligaron a la terapeuta a mantener vigilancia especial y a un esfuerzo sostenido en el análisis de reacciones emocionales con las que, como contratransferencia (esto es la respuesta emocional del terapeuta a la transferencia del paciente), respondía a las intensas y masivas depositaciones que realizaban estas pacientes.

En personas con estructuras de personalidad tan precarias, las innumerables proyecciones e introyecciones obligan al terapeuta a un rápido reconocimiento, tanto de las que los pacientes le depositan como de sus propias contra-resistencias. Sólo un análisis adecuado y una constante metabolización de contenidos que generan altos montos de ansiedad le habilitan para realizar una devolución terapéutica adecuada.

El material onírico siguiente ayudó a entender que estábamos en presencia de una negación contratransferencial, más

que en presencia de dudas legítimas. En una de las sesiones Soledad trajo el siguiente sueño: "Soñé que a Ud. la habían matado allá afuera; yo estaba a su lado. Me levantaba y veía a un grupo de internas. Ellas la habían matado y yo les decía que eso no se iba a quedar así, que me las iban a pagar".

Este tipo de relato se repitió en el curso de numerosas sesiones, provocándome miedo y una extraña sensación de horror, empezando a sentir el peligro de llegar a ser atacada. Con ello se captaba la aparición del objeto destruido que Soledad mediante la proyección me depositaba.

Este objeto contenía tanto al niño asesinado como las partes destruidas del Self de la propia paciente. Al mismo tiempo, ella estaba actuando la necesidad de repetir compulsivamente, identificada con la madre agresora, las partes maternas destructoras y filicidas. Este tipo de vivencia contratransferencial de peligro contrastaba con el hecho real de que yo trabajaba en la zona de gobierno en la que mi seguridad era absoluta. Pero la identificación existente con el agredido y dañado provocaba el temor de ser atacada, así como la aparición de fantasías de ya no asistir al penal o claros deseos de suspender la tarea terapéutica.

Es preciso mencionar que en otras ocasiones asistí en algunos penales a lugares que pueden llamarse de alta peligrosidad, sin que apareciera nunca miedo, este miedo venía exclusivamente de las proyecciones depositadas por las pacientes, gracias a las cuales se puede entender lo que ellas tienen enquistado dentro de su psiquismo evitando su integración y una posible readaptación.

Existía la sensación de que los tratamientos eran obsoletos. Luego de la finalización de cada una de las sesiones, aparecía en mí un sentimiento de carácter depresivo de que el tratamiento ya no seguiría por deserción de las pacientes; en cada sesión tenía la impresión de que era la última vez que veía a la paciente. Y esto sucedía a pesar de que yo sabía que una motivación agregada para asistir a la terapia, más allá del alivio de la angustia, tenía que ver con el hecho de que obtenía ciertas ganancias secundarias adicionales, ya que el tratamiento se contabilizaba en puntos positivos para su caso legal.

En ocasiones también surgían dudas sobre la utilidad o pertinencia de estar trabajando con recuerdos cuya dolorosa evocación resultaba casi intolerable. ¿Valdría la pena revivirlos ante la imposibilidad de reparación del objeto real? Al mismo tiempo surgía el temor de que estos intensos afectos, de no ser elaborados y externados a través de la palabra, pudieran ser actuados en forma autodestructiva o promoviendo la repetición compulsiva de un nuevo filicidio con el hijo por nacer.

En el curso de estos tratamientos pude constatar la profunda regresión de las pacientes a etapas simbióticas de sus relaciones iniciales, tanto por la necesidad de una madre continente que se hiciera cargo y metabolizara sus ansiedades, como por la revivencia de carencias y graves fallas habidas durante el periodo de sus respectivos desarrollos.

En el caso de Selene tuve una clara actuación cuando, en un momento crítico, haciendo a un lado la neutralidad de la técnica psicoanalítica y pasando encima de las reglas de abstinencia, intervine activamente para que Selene fuera trasladada al hospital, dado que ni ella por su propia patología, ni el personal médico se habían percatado de una situación anómala que requería de inmediato de una operación cesárea. La intervención oportuna propició que el bebé pudiera nacer y vivir.

A través de la psicoterapia se pudo tener la representación de un bebé en su totalidad, con la posibilidad de existencia propia, sin peligro de su muerte, con quien se podía prever una relación funcional fuerte que permitiría un desarrollo más sano. Al neutralizar la agresión se puede dar paso al amor, lo que impidió liberar los instintos destructivos de la madre sobre su hijo.

En la exploración de las fantasías como producto de pulsiones agresivas, mal metabolizadas y deficientemente integradas, estas aparecieron en forma constante, proyectadas en la institución; que debido a sus características propias se convierte en la pantalla ideal para depositar lo que no pueden admitir.

Soledad dice: "tengo mucho miedo que me quiten al bebé, tal vez las de trabajo social lo hagan, como ellos saben que yo no tengo visita íntima tal vez quieran que al nacer el niño se los

entregue". Selene tenia miedo que por su delito, no pudiera conocer a su hijo, se lo iban a llevar lejos de ella.

Estas fantasías, después de ser corroboradas como tales, correspondían a las cargas agresivas enquistadas, no a la realidad. El personal de la institución nunca las amenazó.

En este mismo proceso se pudo observar el tan mencionado mecanismo de la identificación con el agresor descrito por Anna Freud y característico de niños maltratados, el cual consiste en que el niño introyecte alguna característica de la persona que le produce angustia o daño. Estas mujeres se identificaron con la madre al ejecutar el papel de agresor asumiendo sus atributos o imitando sus agresiones. En estos casos existe un cambio de rol. Al identificarse con el agresor se puede tener la capacidad de controlar al objeto, siendo ellas mismas el actor y en el lugar del papel de la víctima están las criaturas muertas. Los modelos de identificación de estas mujeres fueron así: personas agresivas que abusaron de su situación de adultos en contra de los niños.

En la medida que estas personas no pudieron interiorizar adecuadamente las demandas sociales, la cárcel se convirtió para Selene y Soledad en una férula, en un surperyo externo capaz de contener la impulsividad, les dio un estatus que las obligaba a comportarse adecuadamente. Dice Soledad: "aquí sí soy buena, una es buena a la fuerza, tiene que ser así, soy buena con mi hijo, sólo me dedico a él. Afuera todo es diferente, uno tiene mucho que hacer, se enoja, se cansa y luego se desquita con los hijos".

Después de cinco años pudimos corroborar que la psicoterapia cumplió el objetivo propuesto en su momento. En apariencia, hasta el día de hoy, Selene y Soledad son buenas madres, cumplen con sus obligaciones en el CENDI, han logrado terminar la escuela primaria y continuar con la secundaria, han tomado diversos cursos de trabajo estable.

Ahora, nos inquieta el grado real de recuperación psicológica, tanto en la elaboración del duelo como en las posibilidades reales de neutralización de la agresión, y visualizar el manejo de impulsos ya no en el embarazo, sino dirigido a formas sociales realizadas o sublimadas de los mismos. Esto conlleva a una re-

adaptación, ya que en todas las demás áreas existe un desenvolvimiento funcional, apto para ser consideradas como readaptadas.

El trabajo psicoterapéutico continúa además, como una forma de tener un seguimiento sobre los hijos de estas internas que se encuentran viviendo con ellas; para analizar el vínculo entre la madre y el hijo y explorar, intensivamente, la relación materno infantil entre personas que cometieron filicidio y las pautas de conducta con nuevos hijos.

El objetivo específico tiene que ver con la posibilidad de detectar distorsiones, formas aberrantes en el manejo de la agresión y fallas importantes en el control de los impulsos, que repercutan en el peligro potencial de que la conducta filicida abierta se repita en forma de homicidio, o que se den pautas de repetición encubiertas, en forma tal vez de maltrato infantil tanto físico como mental, y cuyo resultado, como todos sabemos, presupone la creación, por tales acciones, de nuevos delincuentes.

Para concluir, la experiencia me ha demostrado que el tratamiento psicoterapéutico con orientación psicoanalítica debe ser llevado a la prisión y es apropiado para aplicarse a un buen número de internos, incluyendo al individuo calificado de inimputable, como un método de prevención especial para evitar conductas reincidentes. Posiblemente, los sujetos con personalidad sociopática quedarían excluidos.

Estoy consciente que la terapia propuesta es muy onerosa, pero resulta barata si se le compara con el costo social del delito.

adaptación, ya que en todas las demás áreas existe un desenvolvimiento funcional, apto para ser consideradas como readaptadas.

El trabajo psicoterapéutico continúa además, como una forma de tener un seguimiento sobre los hijos de estas internas que se encuentran viviendo con ellas; para analizar el vínculo entre la madre y el hijo y explorar, intensivamente, la relación materno infantil entre personas que cometieron filicidio y las pautas de conducta con nuevos hijos.

El objetivo específico tiene que ver con la posibilidad de detectar distorsiones, formas aberrantes en el manejo de la agresión y fallas importantes en el control de los impulsos, que repercutan en el peligro potencial de que la conducta filicida abierta se repita en forma de homicidio, o que se den pautas de repetición encubiertas, en forma tal vez de maltrato infantil tanto físico como mental, y cuyo resultado, como todos sabemos, presupone la creación, por tales acciones, de nuevos delincuentes.

Para concluir, la experiencia me ha demostrado que el tratamiento psicoterapéutico con orientación psicoanalítica debe ser llevado a la prisión y es apropiado para aplicarse a un buen número de internos, incluyendo al individuo calificado de inimputable, como un método de prevención especial para evitar conductas reincidentes. Posiblemente, los sujetos con personalidad sociopática quedarían excluidos.

Estoy consciente que la terapia propuesta es muy onerosa, pero resulta barata si se le compara con el costo social del delito.

LA MÍSTICA DE NUESTRA ESCUELA: A LOS 85 AÑOS DE SU FUNDACIÓN

Miguel Ángel HERNÁNDEZ ROMO
Rector de la Escuela Libre de Derecho

"Nada grande ha sido hecho sin una gran pasión". Por ello, propios y extraños se preguntan cuáles son los principios que inspiran, sustentan, hacen florecer y colocan a nuestra Escuela Libre de Derecho, como un ejemplo a imitar por otras instituciones de estudios superiores. Sus exalumnos nutren el claustro de profesores de muchas otras escuelas de derecho, ocupan puestos prominentes tanto en la administración pública como en el foro mexicano, se multiplican en el prestigiado instituto del notariado y su consejo jurídico es solicitado en todas las ramas del derecho. Los mejores estudiantes aspiran a dormarse en sus aulas y ningún egresado carece de un trabajo digno y decoroso.

La mística de nuestra escuela es, como enseña Peguy "doctrina, movimiento de acción en la integridad de su inspiración y el fervor de su juventud espiritual, viva en los corazones vivos."

La esencia de la institución está plasmada en su nombre: es una escuela; es libre; se dedica a la investigación, enseñanza, estudio y difusión del derecho.

Nuestra escuela es la sincera convivencia de alumnos y profesores; de guías, de orientadores, que de manera cordial, respetuosa y desinteresada, van forjando criterios jurídicos en la mentes de sus alumnos; jóvenes alegres, responsables, ávidos de abrevar en estaperenne fuente, para aprender los criterios de una solución justa, y aplicarlos a los problemas del mundo moderno, que confronta en un explosivo renacimiento, los valo-

res fundamentales del hombre. Nuestra escuela no es un club social, en el que todos y cada uno parlotea en plena algarabía, sino la asamblea en que profesores y alumnos se esfuerzan por fomentar la investigación, el estudio y la difusión del derecho; ni es la camarilla que aplaude servilmente al magnate, sino el foro en que se discute con honradez en un clima de libertad.

Es pertinente mencionar que nuestros profesores enseñan por vocación al derecho, por gratitud a su escuela, por amor a la juventud, sin recibir estipendio alguno.

Estan convencidos de que "No es maestro el profesor engreído que abruma a los alumnos con alardes de superioridad ni el elocuente que les dice discursos y reclama aplausos. Maestro es el que conoce los caminos y sugiere el derrotero, el que suscita ideas, sin coerción que las imponga, el que adoctrina, con matiz paternal en el tono de confidencia del diálogo socrático, el que vigila la eclosión del germen, ayuda a su crecimiento natural y enriquece su desarrollo con el injerto de la enseñanza." (Herrera y Lasso)

"Por eso, la cátedra no es el trípode del oráculo, ni la tribuna del orador, ni el pedestal del soberbio, sino el asiento elevado visible para todos, desde el cual puede captar el maestro la atención de los discípulos y lograr con cada uno la fusión espiritual." (Herrera y Lasso)

Los alumnos están conscientes de que el orden y la disciplina de la escuela quedan confiados a su honor y trabajan en un ambiente de compañerismo con profundo respeto y gratitud al profesorado.

Todos sabemos que no es alumno aquel que se inscribe en nuestra escuela, sino el que hace un esfuerzo constante, el que asiste a la clase con la sed del saber, el que piensa, reflexiona, dialoga con el maestro, el que discute, estudia e investiga y se inviste de la tradición y espíritu de su *Alma mater*.

La libertad constituye la esencia de nuestra institución. Bástenos recordar que en los años 1932 y 1933, cuando el déspota pretendió cortarle las alas de su libertad, se levantó gallarda, para protestar con respeto, pero también con energía, preservando su esencia, para reproyectarse a las alturas sin permitir encadenamiento alguno a su libertad. Briosamente lo dijo Horacio: *Non bene pro toto libertas venditur auro* (la libertad no se vende ni por todo el oro del mundo).

El derecho que pretendemos enseñar no es una ciencia acartonada para teóricos y apologistas, peritos en silogismos vacuos. El Derecho es una realidad viva, palpitante, cuyo ejercicio enaltece a los que la profesamos, como caballeros andantes de la justicia, cuya orden como nos cuenta Cervantes, se instituyó "Porque crecía la malicia, para desfacer entuertos, defender doncellas, amparar viudas y socorrer a los huérfanos y menesterosos."

El Derecho es la expresión de lo justo: y lo justo es lo que cuadra, lo que se ajusta a lo que exige la naturaleza del hombre; que por eso no se sacude al viento del capricho del tirano, ni al oro del mejor postor; es ineflexible e inmutable. Eso es lo justo.

Celso así nos lo enseña: *Ius est ars aequi et boni* (El Derecho es el arte de lo equitativo y de lo bueno)

Para decirlo en palabras de Francesco Olgiati:

> El Derecho es un hecho a la par que un valor, se concreta en una actividad históricamente condicionada, y sin embargo, está animado por un concepto que tiene carácter absoluto; es mudable en su desarrollo, y no obstante inspirado en principios inmutables, se refiere a la exterioridad y a pesar de ello no vive más que de elementos específicos que se refieren a la interioridad; reclama la fuerza en su defensa, aun perteneciendo al mundo del espíritu; es útil y no obstante moral; exige el realismo de Rómulo y el idealismo de Platón; implica la autoridad y es el medio de la libertad; tiene como fin la persona humana y sin embargo la concibe en relación al organismo social, impone deberes y a pesar de ello es Derecho. Es un grandioso sistema al que sólo puede regatear su aplauso admirativo quien lo desconozca.

El Aquinate en fórmula feliz, nos enseña que el Derecho (ius) es el objeto de la justicia, mientras que la Ley es la *Ordi-*

natio rationis ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata (un ordenamiento de la razón promulgado por el legislador, para lograr el bien común).

Alumnos y profesores practicamos un sistema de trabajo que requiere del esfuerzo cotidiano inspirado por Horacio: *qui studet optatam cursu contingere metam multa tulit fectique puer, sidavit et alsit, abstinuit venere et vino* (el que anhela conquistar una meta, desde niño tuvo que esforzarse denodadamente, abstenerse de los placeres venéreos y del vino).

En frase más breve "Ad astra per aspra" (a las alturas pasando por las cosas duras).

Por ello la holgazanería y las huelgas son una contradicción con la esencia de nuestra escuela. La asistencia a clases debe ser constante, de suerte que el estudiante que no tiene el 70% de asistencias, no tiene derecho a examen. El estudiante que deja de presentar una materia de un curso escolar o reprueba una materia de un año escolar, está impedido para presentar las materias del año subsecuente, hasta en tanto no presente y apruebe todas las del año escolar anterior. Todos los exámenes son orales y deben presentarse y aprobarse ante tres sinodales, excepto el examen profesional que debe presentarse y aprobarse ante cinco sinodales. Todos los examinadores son severos, exigentes, pero justos, porque están conscientes de su grave responsabilidad de formadores de juristas. El alumno que haya reprobado tres veces la misma materia es despedido de la escuela, al igual que aquél que haya reprobado seis materias en toda la carrera.

Los estudios del derecho se realizan en cinco años. Y cada año escolar se inicia a fines de agosto y termina en el mes de mayo.

Los meses de junio y julio se dedican a la presentación de los exámenes. El plan de estudios cubre todas las materias que la Secretaría de Educación Pública ordena que se estudien. Pero en adición a ellas, en la escuela se estudian dos cursos de Derecho Romano, dos de Historia del derecho, un curso de Deontología Jurídica y un curso de Filosofía del derecho. Todas estas materias se consideran como esenciales para la formación del jurista.

Alumnos y profesores estamos conscientes con Alfonso XI: "bien queremos y sufrimos que los libros de los derechos que los sabios antiguos hicieron, que los lean en los estudios generales de nuestro Señorío, porque hay en ellos mucha sabiduría, y queremos dar lugar a que los nuestros naturales sean sabidores y sean por ende más honrados"

Convencidos de que "el derecho es algo siempre variable, pero con valores esenciales constantes" encontramos esos valores esenciales en los juristas romanos que nos ayudan a formar criterio jurídico, porque es jurista aquél que tiene criterio de justicia para resolver un problema jurídico y no aquél que recita un texto legal.

La sana filosofía del derecho es la estrella polar que guía las acciones del jurista con la brújula que nunca debe perderse en la virtud de la justicia, sin la cual no puede existir el derecho, que no debe confundirse ni con el voluntarismo jurídico, no con la arbitrariedad. Todos necesitamos en nuestra vida una filosofía para guiar nuestras vidas personal y profesional, de lo contrario el viento de los errores y de las pasiones nos sacudirá como veletas, carentes de firmeza.

Las leyes pueden cambiar; nuevas leyes van promulgándose día a día. Sólo las podrá entender y aplicar debidamente aquél que tenga un criterio jurídico acrisolado en los valores de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

De todos los rincones de la patria se levanta un clamor común que acusa al abogado de charlatán, explotador de huérfanos y viudas, que pretende engañar y enredar hasta a sus propios clientes. Por ello, se hace indispensable implantar la cátedra de Deontología Jurídica; para enseñar al estudioso del derecho el recto camino de la profesión de abogado al servicio de la sociedad.

La excelencia académica es la meta y se realizan esfuerzos denodados por conquistarla día a día, convencidos de que *labor amnia vincit improbus* (el trabajo ímprobo todo lo conquista).

Trabajo continuo y responsable en el estudio del derecho, entrega a la vocación jurídica, respeto por parte del alumnado. Generosa entrega en la enseñanza del derecho, amor a la ju-

ventud por parte del profesorado, todo ello en un ambiente de libertad.

Así podríamos sintetizar la mística de nuestra escuela, que la coloca en la cumbre de la enseñanza del derecho en nuestra patria.

EQUIDAD ELECTORAL Y ACTOS DE AUTORIDAD UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Miguel CARBONELL SÁNCHEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Exhortar ¿para qué?* III. *Partidos políticos e interes jurídico*. IV. *Exhortar y obligar*. V. *¿Legalidad vs. democracia?* VI. *Argumentación positivista y argumentación constitucional*. VII. *A modo de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El 18 de abril de 1997 el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TE, en lo sucesivo) dictó una sentencia que puede ser calificada, sin exagerar, de antológica. La sentencia representa un verdadero modelo de razonamiento jurídico; es más, contiene todos los elementos para ser considerada como una representación acabada de una escuela de interpretación jurídica que en algún momento de la historia ha venido a representar una verdadera revolución jurídica.

Me refiero a la "Escuela de la Exégesis" que tantos y tan destacados seguidores ha tenido —y sigue teniendo, a juzgar por el razonamiento expuesto en la sentencia que ahora se comenta— en México. Lamentablemente, esa escuela ha sido abandonada, por considerarla insuficiente para resolver los problemas jurídicos contemporáneos, en la mayoría de las sociedades democráticas avanzadas.[1]

* Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Agradezco a Bernardo Bolaños y a José Carbonell las observaciones que hicieron a una primera versión de este trabajo.

1 PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, 1997, p. 38.

Pero vamos por partes. El objeto de este ensayo no es otro que el de tratar de exponer, de forma necesariamente escueta y breve y desde una perspectiva constitucional, algunas relaciones entre los conceptos de equidad electoral y actos de autoridad a partir del análisis de una sentencia concreta del TE. Como fondo de esta exposición se encuentra la frontera siempre oscilante entre el campo del derecho constitucional y el terreno de la política, por una parte, y la discusión sobre los alcances del principio de la legalidad en el Estado democrático, por otra.

El poder examinar críticamente las resoluciones de cualquier órgano jurisdiccional es un privilegio de aquellos que viven en una sociedad que cuenta, cuando menos, con algunos derechos fundamentales asegurados para los ciudadanos. La crítica hacia las actuaciones de la judicatura no ha sido una actitud frecuente en la doctrina constitucional mexicana hasta hace bien poco tiempo. Afortunadamente esto está empezando a cambiar y este cambio tiene como punto de partida la propia modificación del poder que hoy en día tienen en sus manos nuestros jueces. El poder judicial, al convertirse en un poder efectivo y actuante en la dinámica jurídico-política de México, se convierte también en objeto de las críticas constructivas de quienes estudian la realidad del proceso político nacional. Este ensayo pretende ser una aportación más a esa tarea de análisis y reconstrucción discursiva de los pronunciamientos judiciales.

II. Exhortar ¿para qué?

El 25 de marzo de 1997 el Consejo General del Instituto Federal Electoral (IFE en lo sucesivo) emitió un acuerdo en el que se exhortaba a las autoridades federales, estatales y municipales, para que suspendieran la publicidad de sus programas de gobierno 30 días antes de la celebración de las elecciones del 6 de julio del mismo año.

La medida, que no carece, por cierto, de antecedentes,[2] buscaba propiciar un clima de mayor equidad electoral y, sobre todo, "evitar que la difusión de los programas gubernamentales se confunda con la propaganda de cualquier partido político".[3] De cualquier partido, ya que por igual afectaba a todas las autoridades sin distinguir su origen partidista.

Pues bien, ese exhorto fue impugnado por el Partido Revolucionario Institucional (PRI) ante el TE por entender, substancialmente, que afectaba sus derechos y que el Consejo General del IFE no contaba con la cobertura jurídica necesaria para haberlo emitido.

No está de más recordar lo que significa realizar un exhorto. Los magistrados que emitieron un voto particular en la sentencia del TE que recayó al recurso del PRI reconocen, con toda razón, que el verbo exhortar significa "incitar a uno con las palabras, razones y ruegos a que haga o deje de hacer algo, esto es, con el exhorto no se impone un determinado actuar, sino que se pretende motivar a la parte a quien se dirige para que *motu proprio* realice o no determinada actividad, de donde se deduce la falta de fuerza vinculante del exhorto, y de imperio de quien lo emite sobre la persona a quien va dirigido".

De lo anterior conviene retener dos datos fundamentales para la comprensión del caso que nos ocupa: de un lado, *la finalidad* que tuvo el exhorto que no era otra más que la de propiciar un clima de mayor equidad electoral; de otro lado, *la naturaleza* misma del acto que emitió el Consejo General del IFE: se trata de un exhorto, de una invitación, de una recomendación, de un ruego, no de un acto jurídico, como más adelante se explica con mayor detenimiento.

Evidentemente la mayoría de los magistrados del TE no comparten el punto de vista que aquí se expone. Para el Tribunal, la esfera de facultades y responsabilidades del Consejo General del IFE "no lo autoriza a que, a partir de una apreciación extensiva de esa responsabilidad, infiera una facultad o

2 Becerra, Ricardo y Salazar, Pedro. "IFE: en el principio es la equidad", *Nexos*, mayo de 1997, p. 13.
3 *Idem*.

atribución implícita que lo conduzca a intentar, por la vía de un exhorto, a conminar a las autoridades federales, estatales y municipales a cumplir con el acuerdo impugnado" (desde luego el Consejo General no contaba con un atribución explícita). Sin embargo, al formular la anterior consideración el TE omitió consultar el diccionario; si lo hubiera hecho se habría dado cuenta de que conminar significa "amenazar, manifestar con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otros. Amenazar la autoridad con penas y castigos". Nada de eso se buscaba ni podía buscarse con el exhorto.

Por otro lado, como ya se ha mencionado, el exhorto del Consejo General no carece de antecedentes. En el informe circunstanciado rendido por la secretaría ejecutiva del IFE ante el TE se citan varios ejemplos. Entre ellos el exhorto que en febrero de 1994 hizo el entonces Presidente del IFE, Jorge Carpizo, a los partidos representados en el Congreso para que promovieran una iniciativa de reformas a fin de aumentar las sanciones en los delitos electorales;[4] o el dirigido por el mismo Carpizo a los partidos para hacer el máximo esfuerzo por lograr serenidad el día de la elección.[5] Más recientemente, el Instituto Estatal Electoral de Guanajuato le propuso en marzo de 1997 al gobernador del Estado dejar de publicitar sus acciones, con el fin de lograr mayor equidad en el proceso electoral,[6] de forma semejante al acuerdo que emitió el IFE a nivel federal. No obstante lo anterior, el TE rechaza cualquier posible invocación de los antecedentes, por lo menos los de 1994, toda vez que el IFE —afirma el Tribunal— "no justifica ni acredita que las condiciones del proceso electoral de 1997 sean equivalentes o siquiera similares a las imperantes en enero de 1994" (Se refiere en concreto el TE en este punto al "compromiso por la paz, la justicia y la democracia" firmado por la dirigencia nacional y los candidatos a la presidencia de la República de ocho partidos políticos en enero de 1994).

4 *Excélsior*, 1 de marzo de 1994, pp. 4 y 40.
5 *Idem*, 7 de marzo de 1994, pp. 1 y 10.
6 *El Nacional de Guanajuato*, 12 de marzo de 1997, p. 5.

III. Partidos políticos e interés jurídico

Un primer obstáculo que tuvo que salvar la sentencia para concederle razón al PRI es el que se refiere al interés jurídico del promovente para impugnar el acuerdo del Consejo General, es decir, se trata en este punto de dilucidar si el PRI está en condiciones de recurrir un acuerdo que, por no dirigirse a los partidos sino a las autoridades, podría pensarse que no le afecta.

Haciendo gala de su dominio de la argumentación jurídica —a veces literalista y a veces no tanto—, el TE despliega un razonamiento que no puede dejar de llamar la atención. En efecto, según el tribunal, el PRI (o cualquier otro partido) está legitimado para interponer el recurso en virtud de que cuenta con una acción "para tutela de los intereses difusos", con la que "se procura la protección de intereses de grupos de personas que no tienen organización ni personalidad jurídica propia, sino que se determinan por factores conyuntuales o genéricos". Dentro de ese tipo de acciones se encuentran las que los partidos deducen ante la jurisdicción electoral, sigue diciendo el TE.

Además de lo anterior, la legitimación del PRI para acudir ante el TE se deduce de que con el exhorto se puede afectar su "acervo jurídico sustantivo" (siempre en palabras del propio TE), dentro del cual se encuentra la prerrogativa "de buscar el sufragio de los ciudadanos".

Para lograr ese fin, es de interés para los partidos "que ningún acto, especialmente de una autoridad, empañe su imagen o la de sus candidatos", poniendo en peligro la tendencia e intención de voto de los ciudadanos.

Hasta aquí, *grosso modo*, la argumentación del tribunal para admitir el recurso y reconocer el interés jurídico del PRI en el mismo. Cabe, sin duda, formular algunas consideraciones sobre los argumentos utilizados por el TE.

En primer lugar es dudoso que, si el acto se dirigía a las autoridades, los partidos pudieran impugnarlo. Decir, como dice el tribunal, que los actos que las autoridades debieran realizar en cumplimiento del exhorto (actos de omisión en este caso) puedan afectar la búsqueda del sufragio por los partidos es hacer una afirmación por lo menos temeraria, pues parte del su-

puesto de que los votos se consiguen con actos de las autoridades, de modo que identifica el quehacer estatal con la actividad proselitista de estos últimos.

En otras palabras, cree el TE que son las autoridades con sus actos las que pueden inclinar la balanza electoral o, cuando menos, "la tendencia e intención del voto de los ciudadanos". Ese razonamiento, casi sobra decirlo, es no solamente erróneo sino profundamente antidemocrático pues identifica partidos con órganos públicos, identificación que, de aceptarse, anularía sin más cualquier posible competencia electoral pues los partidos que hubieran accedido en un momento histórico concreto a los órganos de poder público contarían con todos los recursos del Estado (recursos públicos, es decir, de todos y no de un sólo partido) para aniquilar, en los hechos, a cualquier competidor en las elecciones. Se aplicaría, toda proporción guardada, la lógica schmittiana del amigo-enemigo que considera que a los rivales políticos no se les debe solamente vencer, sino que es preciso destruirlos. Basta citar, para comprobar lo anterior, el criterio del Tribunal Constitucional alemán según el cual si el gobierno ha emitido información pública sobre sus propios logros en el periodo preelectoral y esa información resulta idónea para su forma y contenido para influir en la campaña electoral partidariamente, tal propaganda debe ser considerada como anticonstitucional, sobre la base de "una gravedad importante y notoria de la transgresión" del orden constitucional.[7]

Por lo que hace al argumento de que con el recurso se protegen los intereses difusos o colectivos se puede decir que tampoco cabe identificar los intereses de los partidos con los intereses sociales, pues los partidos representan, ciertamente, los intereses de muchos ciudadanos, pero no de todos, sino de los de sus propios votantes, mientras que los actos de autoridad (a los que se dirige el exhorto) son actos que, ellos sí, interesan y pueden afectar a todos los ciudadanos.

7 BVerfGE 44, citado por SCHNEIDER Hans-Peter, *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991, p. 206.

Cambiando el razonamiento se podría preguntar ¿a quien interesa que las autoridades hagan o dejen de hacer actos de publicidad respecto a sus acciones de gobierno 30 días antes de la elección? Seguramente nos interesa a todos y no solamente a un partido, de modo que identificar interés general con interés de un partido, como parece hacer el TE, tampoco es correcto.

Pero el hecho de que el TE encuentre argumentos para entrar al estudio del recurso del PRI (en vez de rechazarlo de entrada), en el fondo no es negativo, porque en el Estado democrático de derecho siempre debe prevalecer la oportunidad de defensa frente a los formalismos que puedan implicar nociones como la de interés jurídico o legitimación para interponer recursos.[8] Es más el acceso a los tribunales es un derecho fundamental que siempre debe de ser potenciado y ampliado en cualquier interpretación que se haga del ordenamiento jurídico.

Con ello quiero decir que, aunque efectivamente el razonamiento inicial del TE en la sentencia pueda o no haber sido correcto (y yo creo que en este caso no lo es), su resultado al menos es positivo en el sentido de que permitió entrar a analizar un acto que proviene de un órgano público y esa posibilidad siempre debe darse en el Estado democrático, pues hacer lo contrario no sería más que establecer zonas de "inmunidad del poder".[9] Todos los actos que provengan de cualquier órgano público deben poder ser revisados por los tribunales.

IV. EXHORTAR Y OBLIGAR

Una vez que se ha repasado la cuestión de la legitimación para interponer el recurso y la del interés jurídico del recu-

8 En materia de amparo, por mencionar un ejemplo importante, esos formalismos han dado lugar a una enorme cantidad de juicios de garantías sobreseidos; juicios en los que, al fin y al cabo, no se ha entrado a estudiar si el quejoso tenía o no razón. Sobre esto, VV. AA., *A la puerta de la ley* (edic. de H. Fix- Fierro), México, 1994, pp. 64 y ss.

9 *Vid.*, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1963.

rrente, vale la pena detenerse un momento en el análisis de la naturaleza misma del acto impugnado.

Se trata, como ya se ha dicho, de un exhorto que dirige el Consejo General del IFE a las autoridades. Tal exhorto, como también ya se ha señalado, tenía como finalidad promover unas condiciones de mayor equidad electoral, pues se trataba de que los partidos no se beneficiaran de los actos de las autoridades federales, estatales y municipales y, además, de que esas autoridades no hicieran un uso indebido de sus actos publicitarios de modo que produjeran beneficios ilegítimos a unos partidos y no a otros.

Para José Agustín Ortiz Pinchetti, la finalidad el exhorto "era poner un límite a los abusos generados por una vinculación indiscutible y no revocada hasta hoy del gobierno federal con su partido, mantenida desde hace 65 años. Todo mundo entendió —sigue diciendo Ortiz Pinchetti— lo que el IFE pretendía a través de ese exhorto: bloquear un tanto el mecanismo que aplasta a la oposición con una campaña financiada con los recursos del pueblo, que exalta las maravillas del gobierno federal y que sirve para inducir el voto a favor del PRI".[10]

Ahora bien, ¿el exhorto obligaba a las autoridades a dejar de hacer publicidad de sus actos? Más claramente todavía, ¿si las autoridades federales, estatales y municipales no hubieran cumplido con el exhorto se hubieran derivado en su contra consecuencias *jurídicas*?

La respuesta obviamente sólo puede ser negativa. El exhorto, tanto por su propia naturaleza como por la del órgano del que proviene, no podría haber sido obligatorio ni de él se podría haber derivado consecuencia *jurídica* alguna. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido a los actos de autoridad como aquellos que imponen unilateralmente obligaciones a los particulares con motivo de funciones oficiales, ya sea modificando las obligaciones existentes o limitando derechos; es decir, los actos de autoridad se

10 Son interesantes, asimismo, las observaciones de Bernardo BATÍZ, "La justicia electoral" y Luis LINARES ZAPATA, "Paraíso perdido", ambos en *La Jornada*, 23 de abril de 1997, pp. 5 y 7.

producen cuando se actúa con el imperio propio de sus funciones.[11]

Con el exhorto se trataba de una apelación *moral* a las autoridades para que, desde las posibilidades que ofrece el manejo de fondos públicos (de nuevo hay que recordar que son fondos de *todos*, no de un partido), no afectarán el desarrollo equitativo de las campañas.

Desde luego que, para una visión formalista y cerrada del derecho, es difícil de entender que las autoridades (en este caso el Consejo General del IFE) puedan hacer otra cosa que no sean actos de autoridad puros y duros, pero esa posibilidad existe y debe seguir existiendo. De hecho, la moderna doctrina constitucional no deja de señalar la relación entre derecho y moral.[12] Es más, son los contenidos morales (los de la moral del Estado democrático de derecho) los que justifican la obligatoriedad de las normas jurídicas.[13]

Las autoridades, es imposible negarlo, cuentan entre sus atributos definitorios con la posibilidad de imponer sús actos sobre los particulares (y eventualmente sobre otras autoridades) aun en contra de su voluntad, pero no *todos* sus actos son de esa naturaleza.

Las autoridades también cumplen, al lado de sus funciones estrictamente jurídicas, con un papel de "caudillaje moral" (como alguna vez se dijo respecto de la Presidencia de los Estados Unidos) para la sociedad, de modo que no todo su actuar se resume en actos imperativos y obligatorios, sino que dentro de su quehacer también debe haber *gestos de concordia*, apelaciones a la conducta cívica de los ciudadanos y de las propias autoridades (evitando esa conducta que sin ser ilegal sí puede ser ilegítima), etcétera.

11 *Informe de Labores* de 1988, tercera parte, Tribunales Colegiados de Circuito, p. 187.

12 *Vid.*, por ejemplo, ALEXY, Robert, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral" en su libro *Derecho y razón práctica*, México, 1993, pp. 37 y ss., y LAPORTA Francisco, *Entre el Derecho y la Moral*, México, 1995.

13 PRIETO, *op. cit.*, pp. 16 y 22-23; FERNÁNDEZ, Eusebio, *La obediencia al derecho*, Madrid, 1987, entre otros.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, autores citados por el TE en la sentencia para fundamentar sus argumentos, al explicar la exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de España de 1957, en la que se sostiene la imposibilidad de que los tribunales fiscalicen los actos políticos de la administración, afirman que la posición del legislador español de 1957 puede ser positiva ("liberadora" es el término exacto que utilizan los autores) si por ella se entiende que en los órganos políticos superiores del Estado confluyen, al lado de sus funciones rigurosamente administrativas, legislativas o jurisdiccionales (cuya posibilidad de ser revisadas por los tribunales es universal según los mismos autores), unas funciones que tienen que ver con "las relaciones entre poderes"[14] y que, en tanto no son actos administrativos ordinarios, no pueden ser sometidos al conocimiento de los tribunales.

Los mismos autores, al explicar el concepto de acto administrativo, sostienen que no pueden considerarse "en este tipo de actos aquellos que comportan esencialmente una estimación intelectual".[15]

Evidentemente, si las autoridades hubieran hecho propaganda desoyendo el exhorto del IFE se podrían haber derivado consecuencias que afectaran a la legitimidad y a la imagen pública de las propias autoridades, pero que en nada tenían que ver con las consecuencias jurídicas que pueden derivar del incumplimiento de un verdadero acto de autoridad.

Para apreciar la diferencia que existe entre un exhorto (no obligatorio) y una verdadera norma jurídica basta citar el Código Electoral de Costa Rica, cuyo artículo 85 inciso *j*) dispone que durante los cuatro meses anteriores al día de la elección "el Poder Ejecutivo, la administración centralizada y las empresas del Estado, no podrán publicar difusiones relativas a la gestión propia de su giro... Las publicaciones contrarias a lo dispuesto aquí harán incurrir a los funcionarios responsables en el delito de desobediencia".

14 *Curso de derecho administrativo*, vol. I, 7a. edic., Madrid, 1996 (reimp.), p. 554.
15 *Idem*, p. 523.

Ahora bien, las preguntas que surgen enseguida de lo anterior pueden ser las siguientes: 1. ¿Deben las autoridades contar con un respaldo jurídico para poder realizar esos actos de "estimación intelectual"? 2. ¿Es conveniente que los realicen? Las respuestas, como las preguntas, tienen que ser bien distintas pues la primera pregunta solamente admite un razonamiento jurídico mientras que la segunda se ubica más bien en el terreno de la filosofía política y se enlaza con el entendimiento que del papel de sus autoridades tenga una sociedad.

V. ¿Legalidad vs. democracia?

En el entendimiento de la naturaleza del exhorto emitido por el Consejo General creo que fallaron tanto el IFE como el TE. El primero por tratar de fundamentar jurídicamente un acto que, tal como se explica enseguida, no necesitaba de fundamento jurídico alguno pues no entraba en el terreno del derecho sino de la política y el segundo por basar una parte esencial de su argumentación en la sentencia en desmontar, sin posibilidades de éxito, esos fundamentos.

Como ya ha quedado explicado de forma somera, el exhorto no era un acto administrativo (ni mucho menos, obviamente, jurisdiccional o legislativo). Sencillamente no era un acto de autoridad en el sentido de que fuera un acto obligatorio; por tanto no se le aplicaba, como dice el TE, el principio de la vinculación positiva de la administración sino el de la vinculación negativa que es la que corresponde a los actos no obligatorios de la administración. Este principio se resume en que la administración —o los órganos de relevancia constitucional como es el caso del IFE— puede hacer lo que la ley no le prohiba, siempre que esos actos no afecten en lo absoluto —jurídicamente, se entiende— ni a los particulares ni a las autoridades.

En una sociedad democrática que cuente con una Constitución abierta, los órganos constitucionales superiores no tienen su actuación absolutamente predeterminada por la Carta Fundamental sino que deben contar con un margen suficiente de

movilidad *política* que contribuya a un mejor desempeño de sus funciones.[16]

Lo anterior no quiere decir, y en esto hay que ser muy enfático, que existan actos jurídicos de la autoridad (es decir, vinculantes, obligatorios) que no puedan ser controlados por los tribunales. En el Estado constitucional no hay sitio para las inmunidades del poder y en esto no hay excepciones.

De lo que se trata aquí, más bien, es de explicar que desde la Constitución no se impone un proyecto de actuación política y jurídica que sujete por completo a los órganos constitucionales superiores. Desconocer lo anterior sería tanto como pretender, por ejemplo, que la Constitución impone una sola concepción política al legislador, de modo que si se produjera alternancia partidista en las Cámaras, los nuevos representantes no pudieran realizar un diseño legislativo acorde con sus propias concepciones políticas.

Como dice el Presidente del Tribunal Constitucional español, Alvaro Rodríguez Bereijo, "La vida constitucional es siempre un delicado equilibrio de valores y bienes en tensión (la ponderación) que debe ser salvaguardado —no suprimido— por la interpretación constitucional".[17]

Lamentablemente creo que en la sentencia del TE que anuló el exhorto del Consejo General del IFE la ponderación no se realizó de forma correcta.[18] El razonamiento no puede ser más simple y ya se ha mencionado en este trabajo: ¿quién y qué se hubiera perdido con la aplicación del exhorto?, o puesto al revés, ¿a quién beneficia el hecho de que desde el gobierno se haga publicidad de sus propios actos en un periodo de tiempo tan delicado como lo es el mes antes de que se celebren los comicios?

La apertura constitucional e interpretativa debe siempre ser tomada en cuenta porque de lo contrario se corre el riesgo, cla-

16 LUCAS VERDÚ, Pablo, *La Constitución abierta y sus "enemigos"*, Madrid, 1993.
17 "Constitución y tribunal constitucional", *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 91, Madrid, julio-septiembre de 1996, p. 372.
18 *Vid. Infra* el apartado "Argumentación positivista y argumentación constitucional".

ramente señalado por Gustavo Zagrebelsky, de asfixiar el proceso político "por saturación jurídica. La Constitución se situaría contra la democracia".[19]

Es más, si se aplicara a todos los órganos constitucionales el razonamiento estricto del TE se tendría que llegar a la conclusión de que lo primero que sería anulable sería la propia propaganda de los actos del gobierno, antes, durante y después de las elecciones.

Y ello tendría que ser así porque no debe confundirse la publicidad de los actos del poder público, es decir, la posibilidad y la necesidad de que esos actos sean conocidos y cognocibles por sus destinatarios y por el resto de la ciudadanía,[20] con la facultad (Inexistente en cualquier régimen democrático y de más que dudosa legitimidad en un país que tiene recursos económicos públicos tan limitados como México) del gobierno de hacer campañas publicitarias promoviéndolos.

Eso sí, como la visión formalista del derecho puede ser usada según convenga, seguramente se podría contestar lo anterior diciendo que sí, que efectivamente los gobiernos federal, estatales y municipales no tienen entre sus atribuciones la de gastarse el dinero público en hacer publicidad y promoción de lo que en realidad no son más que sus obligaciones como funcionarios públicos, pero que como *jurídicamente* es casi imposible promover alguna acción para invalidar esa publicidad, pues tales actos, al no poder ser combatidos, quedan firmes y son válidos. Esta argumentación puede ser impecable *jurídicamente,* pero es profundamente antidemocrática.

19 *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, trad. al castellano de Marina Gascón, Madrid, 1995, p. 152.
20 *Vid.* BOBBIO, Norberto, "La democracia y el poder invisible" en su libro *El futuro de la democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, 1994, pp. 65 y ss.

VI. Argumentación positivista y argumentación constitucional

El TE hizo uso, en la sentencia comentada, de un típico razonamiento positivista[21] en el sentido de que entendió que tenía que aplicarse una norma (el principio de legalidad) de forma total, sin tratar de ponderar sus exigencias con las exigencias derivadas de otros principios constitucionales.[22] Me explico.

Se podrá estar o no de acuerdo con que el principio de legalidad se le aplicaba al exhorto del Consejo General del IFE. Aunque líneas arriba se ha demostrado que no le era aplicable vamos a suponer, para efectos de este apartado, que sí lo era. Pues bien, en el caso concreto que ahora se comenta el principio de legalidad, en vez de ser aplicado en el sentido de todo o nada —aplicación típicamente positivista[23]—, se tendría que haber examinado a la luz de otros principios constitucionales.

Por ejemplo se podría haber tenido en cuenta un principio que representa la clave de bóveda de todo el sistema jurídico-político mexicano; el principio democrático consagrado en el artículo 40 constitucional.[24] De las exigencias de ese principio derivan algunas cuestiones importantes para el tipo de razonamiento que podría haber llevado a cabo el TE. Vamos por pasos. Una primera pregunta sería la siguiente: ¿puede existir un Estado democrático sin elecciones? Si la respuesta es —como no puede ser de otra forma— negativa, entonces la siguiente

21 No se usa el término positivismo como opuesto a iusnaturalismo, sino como "un modelo de organización jurídica y política bastante preciso que es el modelo postrrevolucionario del Estado de Derecho", basado, entre otras cosas, en la figura del juez autómata, Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 8.

22 Sobre la aplicación de los principios una de las obras más acabadas es la de Robert Alexy. De este autor pueden consultarse los siguientes libros: *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 1989; *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid 1993; *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge Malem, Barcelona, 1994.

23 Prieto Sanchís, *op. cit.*, pp. 33-34

24 Sobre la eficacia normativa del principio democrático, entre otros, Aragón, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, 1989; *id.*, *La democracia como forma jurídica, Working papers del Institut de Ciéncies Polítique y Socials*, número 32, Barcelona, 1991.

pregunta sería: ¿puede haber elecciones democráticas (o más bien, elecciones a secas) sin equidad electoral? Si la respuesta es de nuevo negativa, la tercera pregunta sería: ¿podría haber ponderado el TE el principio de legalidad electoral con el principio democrático para de ahí derivar la necesidad *constitucional* de que las elecciones se desarrollen en un clima de equidad en las campañas y, en consecuencia, haber declarado válido el exhorto del IFE?

El tipo de razonamiento usado por el TE es el que implica subsunción, el cual se resume en utilizar el hecho en cuestión como premisa mayor, el texto legal como premisa menor (o al revés, da igual para efectos de esta exposición) y la sentencia como conclusión lógica necesaria. La subsunción nace de las ideas ilustradas de Montesquieu[25] y Beccaria[26] y toma auge durante todo el siglo XIX. Se abandona definitivamente en la segunda posguerra mundial al consolidarse la existencia de las Constituciones normativas y de los tribunales constitucionales en una multitud de países democráticos.

En el constitucionalismo posterior a 1945 el modelo interpretativo de los jueces ya no utiliza la subsunción sino que se aboca a la ponderación. Es más, en tiempos recientes lo que se prohibe es la subsunción. Los tribunales constitucionales europeos han ido sentando jurisprudencia en el sentido de que los jueces tienen que ponderar los bienes jurídicos puestos en cuestión dentro de un proceso —sobre todo los de carácter constitucional—, y no resolver mecánicamente utilizando un razonamiento lineal y automaticista.[27]

Cuando se está frente a dos principios (como es el caso del principio de legalidad y del principio democrático), no se puede descartar de forma absoluta uno de los dos.[28] Lo que se tiene

25 *El espíritu de las leyes*, trad. de Pedro de Vega y Mercedes Blazquez, Madrid, 1995 (reimp.).

26 *De los delitos y de las penas*, trad. de De las Casas, Madrid, 1994.

27 Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 41; Carrasco Ángel, "El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 11, Madrid, 1984.

28 La solución *all-or-nothing* sólo se puede aplicar al conflicto entre reglas, no entre principios, Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, cit., p. 18.

que hacer es tratar de obtener la máxima realización de cada uno de ellos. Como señala Robert Alexy, "Los principios, en cuanto mandatos de optimización, exigen una realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas... La referencia a las posibilidades *jurídicas* implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor deber ser la importancia del cumplimiento del otro".[29]

Por otra parte, frente a la pretendida neutralidad del interprete de la ley según el positivismo, en el constitucionalismo el juez y sobre todo los jueces superiores no son neutrales sino que se encuentran "comprometidos".[30] ¿"Comprometidos" en qué sentido? Pues bien, comprometidos en el sentido de que, de entre las distintas soluciones que dentro de la ley se le pueden dar a un problema,[31] los jueces tienen que dictar aquella que, entre cosas, *a*) potencie el *carácter normativo* de la Constitución, y *b*) *maximice* los derechos fundamentales. La forma de llevar a cabo correctamente esas operaciones en un caso concreto no es fácil, pero es una exigencia ineludible que deriva de la propia normatividad de la Constitución por un lado y del carácter democrático del Estado por otro.

VII A MODO DE CONCLUSIÓN

El lento avance de la transición mexicana y la secular ausencia de hábitos democráticos hacen perfectamente entendible que en el camino hacia la construcción de un orden plenamente democrático se cometan errores y se produzcan retrocesos. De esos errores también se puede aprender y la decisión del TE que se ha tratado de analizar de forma breve en este trabajo da buena cuenta, en mi opinión, de la urgente necesidad

29 Derecho y razón práctica, cit., p. 18.
30 PRIETO, *op. cit.*, p. 16.
31 Como dice Luigi FERRAJOLI, la interpretación de la ley "siempre es el fruto de una elección práctica respecto de hipótesis interpretativas alternativas", *Derecho y razón*, trad. de Perfecto Andrés y otros, Madrid, 1995, p. 39.

de modificar el paradigma jurídico bajo el que hemos sido educados en México y que no es otro, sobre todo por lo que se refiere al derecho público, más que un paradigma decimonónico, propio de sociedades cerradas y no pluralistas.

La pregunta que por dos veces ha sido planteada en este trabajo en el sentido de a quién beneficiaba en exhorto puede ahora ser contestada diciendo que beneficiaba a todos porque buscaba que todos los partidos compitieran en la mayor igualdad posible de circunstancias.

La realidad social, el momento histórico en el que se juzga, también deben ser tomados en cuenta por los jueces cuando emiten sus sentencias. En el contexto atribulado de la difícil transición mexicana a la democracia el exhorto del Consejo General del IFE solamente podía haber traído beneficios y no perjuicios.

Convertir a la legalidad en un legalismo vacío en nada va a ayudar a propiciar la apertura (política, pero también jurídica) que está demandando la sociedad mexicana y que es una consecuencia inexorable del imparable pluralismo que en ella existe. Quizá no esté de más recordar la frase, ya convertida en un tópico a fuerza de tanto ser repetida, del Tribunal Constitucional español cuando sostiene que "la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy distinto signo".[32] Esa debe ser la aspiración del régimen constitucional mexicano, que no debe comprometerse con la cerrazón y el formalismo —sea jurídico sea político— sino con la apertura, el pluralismo, la tolerancia y, sobre todo, con el sentido democrático de todos los órganos públicos, los cuales sólo existen y se justifican en razón de su contribución a la construcción democrática del Estado.

En el contexto de una sociedad abierta, deliberativa, plural, no debe de extrañar que existan diferencias entre los órganos constitucionales. Que el IFE y el TE sostengan puntos de vistas distintos no debe sorprender a nadie y de ello, inclusive,

32 Sentencia 11 de 1981.

pueden derivar consecuencias positivas. Sus diferencias, aparte de mostrar un sano pluralismo institucional (por fortuna se han acabado los días del *pensamiento único* en el poder público de México), radican fundamentalmente en dos distintas visiones del derecho y de la política.

La crítica que pueda hacerse a uno y otro órgano nunca debe ser respecto de su legitimidad (que en ambos casos deriva directamente de la Constitución y es, por tanto, difícilmente discutible, sino respecto de los puntos de vista y las argumentaciones *concretos* que puedan sostener en un *caso determinado*.

Tanto el IFE como el TE cumplen con una función constitucional de la máxima importancia dentro del proceso de transición democrática que México quiere consolidar en los próximos años. Por ello sus decisiones deben ser respetadas, pero también por ello deben ser discutidas y analizadas con detalle, incluso para criticarlas. Esto es lo que se ha intentado hacer en este breve trabajo.

NUEVOS CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 73 FRACCIÓN X DE LA LEY DE AMPARO

Juan SILVA MEZA

En el año de 1993, en septiembre, se reformaron los artículos 16, 19, 20, 107 y 119 de la Constitución.

La reforma fue en lo que atañe a la materia penal, de aquellas donde al decir de algunos autores "la acción legislativa cancela, de pronto, bibliotecas enteras, modifica el trabajo de los tribunales, suprime la jurisprudencia formada en el curso de muchos años"

Las trascendentes modificaciones, cambiaron el contenido de muchos conceptos tradicionalmente observados en la práctica y la doctrina penal, además de que complementaron ideas y principios de otras reformas, como la de 1983, también trascendente para esta disciplina y que en su momento varió el rumbo de los postulados de nuestro derecho punitivo, y que fueron resultado de las llamadas consultas sobre Seguridad Pública y Administración de Justicia que se habían llevado a cabo.

De esta suerte, puede decirse que con algunos intentos intermedios de adecuación y cambios a la legislación penal sustantiva y adjetiva, la reforma del 93 que comentamos, "Cerró la pinza" que se abrió diez años antes y pretendió cubrir los espacios que aún estaban abiertos.

Esta reforma constitucional abarcó, como se dijo, temas sustantivos que hicieron indispensable la orientación académica y jurisdiccional, sobre la nueva filosofía penal resultante de la

consulta de 1983 y así, se reorientó, o se trató al menos, de adecuar la actuación del Ministerio Público y de los órganos judiciales en torno a aquélla que, por otra parte, reclamaba urgente reglamentación por las leyes secundarias.

Las modificaciones constitucionales del '93, en esencia consistieron en lo siguiente:

ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

Si bien en la exposición de motivos se aludió a que la reforma a este precepto, que en la materia penal se refiere a los actos de molestia relacionados con la captura en virtud de la flagrancia, urgencia o cumplimiento de una orden de aprehensión; la práctica de cateos y de visitas domiciliarias, pretendía aclarar con mejorada técnica legislativa los contenidos de dicho artículo, la realidad fue que los cambios rebasaron una mera "aclaración"

En efecto, al abordar la materia de la orden de aprehensión, los requisitos para librarla, se tocaron temas de fondo y se aludieron también los de procedimiento, variando fundamentalmente los conceptos; piénsese, por ejemplo, que se equiparó a la orden de aprehensión con los extremos de prueba exigidos para un auto de formal prisión; que se precisó y distinguió el contenido de la detención y la aprehensión; que en cuanto a los elementos de fondo ya no se habla del "cuerpo del delito" como noción procesal sino de "elementos del tipo" términos de evidente contenido sustantivo; se alude también a los conceptos de detención, retención, flagrancia, urgencia, delitos graves, etc., etc.

De ahí que la reforma no agotó una "mera aclaración" de conceptos y su propio contenido hacía que estuviera urgida de las leyes secundarias que la vinieran a reglamentar.

ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL

En este precepto se aloja la determinación fundamental del proceso penal: el auto de término constitucional o, si se quiere,

el que viene a caracterizarlo en forma generalizada: el de formal prisión.

Pues bien, la reforma dio coherencia, como pretendió, a lo modificado en el artículo 16 Constitucional, por ejemplo, en cuanto a la precisión y efectos de una detención judicial, y en cuanto a los elementos de fondo de un auto de formal prisión, etc.

EL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL

También reformado, nuevamente, hace unos cuantos meses, en 1993, algunas de sus fracciones fueron objeto de trascendentes modificaciones que quedaban inscritas en la filosofía que motivaba la reforma; temas relativos a la libertad provisional, los careos, los malos tratos y la declaración del inculpado, la tortura, la incomunicación, etc., cuestiones que de alguna manera se vinculan a nuestro tema.

LOS ARTÍCULOS 107 Y 119 CONSTITUCIONALES

En el caso del primer precepto, puede decirse que la reforma obedeció a encontrar la ubicación adecuada a algunas de sus disposiciones que fueron alojadas en los artículos 16 y 19.

Resultado de la consulta efectuado, en la cual aflora la urgencia de que la persecución del delito no encontrara barreras legales, y aún territoriales, constituyó la reforma al segundo artículo mencionado y respecto del cual no consideramos oportuno hacer mayor señalamiento.

La reforma penal constitucional de 1993, estaba urgida de reglamentación en leyes secundarias y de esa manera, en 1994, ésta se produjo y abarcó a doce ordenamientos legales, entre ellos, desde luego la ley de amparo y, por supuesto el artículo 73, fracción X motivo y materia de este análisis.

La reforma a la ley de amparo

Las reformas, desde luego, encuentran justificación al vincularseles a los contenidos de las modificaciones penales, constitucionales y legales y en ese contexto deben analizarse.

Se modificaron:

La fracción IV del Artículo 5 para que, de acuerdo con la Constitución se considerara que el Ministerio Público es parte en todos los juicios de amparo, de tal manera que también lo fuera en los que se interpusieran con motivo de resoluciones de tribunales locales; excluidos los temas donde solamente hubiera afectación de intereses particulares.

Se propuso un segundo párrafo a la fracción II del artículo 22 relacionada con los temas de extradición motivo de reforma

Se introdujo una nueva causa de impedimento.

Al modificar el artículo 136, congruente con la reforma, se introdujeron importantísimas modificaciones en materia de suspensión vinculadas con sus efectos en tratándose de detención y retención ministeriales, de los casos de flagrancia, urgencia, etc.

La reforma del artículo 73 fracción X

Este precepto, como sabemos, recoge las causas de improcedencia del juicio de amparo y entre ellas, la fracción X determina dicha improcedencia por el cambio de situación jurídica, que apareja la consumación irreparable de la violación alegada, y, lógicamente con ello, la ineficacia del amparo promovido en el caso particular.

La modificación de 1994, consecutiva a la gran reforma penal, estableció salvedades a ese principio general; en especial, a la regla de consumación irreparable por cambio de situación jurídica, con el fin de preservar bienes que se hallan en peligro en un procedimiento penal, lo cual se vinculó al aludir, en la adición que motivó la excepción a violaciones de los artículos 16, 19 y 20 constitucionales y se estableció que "sólo la sentencia de primera instancia hará que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones para los efectos de la improcedencia prevista en esa fracción".

La consecuencia fue que en esos casos no habría cambio de situación jurídica que paralizara la acción de amparo a lo largo del proceso judicial, pues solamente habría cambio de situación jurídica cuando se dictara la sentencia de primera instancia.

Por otra parte se estableció que la autoridad judicial suspendería el procedimiento en lo que correspondiera al quejoso, una vez cerrada la instrucción y hasta que fuera notificada la resolución en el juicio de amparo pendiente. Se impedía así, continuar el proceso y entrar a la etapa de conclusiones y del Juicio propiamente.

Estas medidas pretendían ser congruentes con el contenido integral de las reformas, para impedir que si hubieran existido vicios de forma o fondo en el libramiento de una orden de aprehensión, no quedaran impunes por el cambio de situación jurídica que hacía improcedente, hasta antes de la reforma, la acción de amparo. Lo anterior hacía permisible que una orden de aprehensión pudiera cuestionarse a través del amparo indirecto, no obstante ya se hubiera dictado el auto de formal prisión, pues el Juez de Distrito tendría la obligación de estudiar los conceptos de violación expresados por el quejoso sin poder resolver respecto de la procedencia del juicio de amparo pues no operaría el cambio de situación jurídica.

La reforma conseguiría así que las autoridades judiciales se apegaran cabalmente a la constitución y las leyes, al librar una orden de aprehensión, lo que era uno de sus objetivos primordiales.

No obstante lo anterior, como la Ley de Amparo seguía contemplando la diversa causa de improcedencia relativa a la cesación de los efectos del acto reclamado, dada su vinculación con la naturaleza y objeto de la orden de aprehensión, se generaron diversos criterios de interpretación y la aplicación de la fracción reformada no fue uniformemente aceptada, habida cuenta la problemática práctica que se generó.

Debe decirse que la entrada en vigor del texto adicionado fue aplaudida por gran parte del foro y no bien aceptada por muchos titulares de órganos jurisdiccionales, lo que en última instancia también generó criterios contradictorios de tesis, que habrían de dilucidarse ante el Máximo Tribunal.

Los criterios en contradicción se hacían consistir en que unos consideraban que la circunstancia que se dictara en contra del quejoso un auto de formal prisión, no implicaba la improcedencia del juicio de amparo donde se reclamó la orden de aprehensión, ni por cambio de situación jurídica, ni por cesación de efectos del acto reclamado, por así disponerlo precisamente la fracción X del artículo 73 y porque los efectos de dicha orden subsisten.

Por otra parte, el criterio contrario sustentaba que cuando en la vía de amparo se reclamara una orden de aprehensión y el quejoso hubiera rendido su declaración preparatoria ante la autoridad que la emitió, operaría en contra de aquel acto la causa de improcedencia relativa a la cesación de los efectos del acto reclamado (Artículo 73, fracción XVI).

La contradicción era evidente y versaba sobre un mismo tema la orden de aprehensión y sus efectos; y la procedencia o no del sobreseimiento.

Planteada la contradicción ante la Suprema Corte, fue objeto de prolongados debates, pues la toma de decisión abarcaba la definición de muchos temas y la posibilidad de abandonar criterios jurisprudenciales aplicados por muchos años, etc.

El primer problema a dilucidar fue el de la existencia o no de un concurso de normas, o bien si se trataba de dos hipótesis diferentes. Para ello era menester determinar el alcance de la expresión "cesación de los efectos del acto reclamado", resultando que conforme a la doctrina nacional del amparo y los criterios jurisprudenciales de este Alto Tribunal, se podía concluir que los efectos cesan cuando la autoridad responsable deroga o revoca el acto reclamado y esto da lugar a una situación idéntica a aquélla que existía antes del nacimiento del acto que se ataca; o bien cuando se constituya una situación jurídica que destruya lo que dio motivo al amparo y se reponga al quejoso en el goce de la garantía violada.

Por ello, en una consignación sin detenido en que se ha pedido y obsequiado la orden de aprehensión y contra ésta se solicitó amparo, y posteriormente es capturado o comparece voluntariamente el indiciado ante el Juez, quien posteriormente emite un auto de formal prisión, esta circunstancia no hace cesar los efectos de la orden de aprehensión porque no la deroga, no la deja insubsistente, no desaparecen sus efectos; la orden surtió todos sus efectos y el auto de formal prisión es una de las probables consecuencias pero sus efectos se prolongan.

Ahora bien, el tránsito de un orden de aprehensión, a una formal prisión, desde luego que sí implica un cambio de situación jurídica; no obstante, fue voluntad del legislador que no fuera causa de improcedencia la que se apoyara en este supuesto, en la materia penal; por tanto, aunque en el terreno de la lógica se admita el cambio de situación, por disposición expresa de la ley de amparo, no se tendrán por consumadas en forma irreparable las violaciones reclamadas contra la orden de aprehensión. Esto desde luego puede generar abusos y era lo que alarmaba a los órganos jurisdiccionales que no simpatizaron con la reforma.

En efecto, si bien la reforma tenía como uno de sus principales propósitos, no sólo reglamentar las reformas constitucionales de 1993, sino en este concreto tema, frenar la proliferación de actos de autoridad violatorios de garantías individuales, que no contaban con controles adecuados sobre todo en las fases de averiguación previa y primeros momentos de la fase jurisdiccional. Recuérdese que con idénticos fines se estableció la ratificación judicial para la detención en casos urgentes, y otras medidas tendientes a establecer seguros controles a la autoridad relacionada con las actuaciones del orden penal.

El estudio de la problemática práctica relacionada con el tema y su vinculación con los hechos reales, llevaron a la Suprema Corte arribar a las siguientes conclusiones:

1. En los juicios de amparo en los que se reclama una orden de aprehensión no opera la causa de improcedencia prevista por el artículo 73, fracción X, de la ley de Amparo, por cambio de situación jurídica, cuando sobreviene el auto de formal prisión, en virtud de la excepción establecida en el segundo párrafo del mismo precepto.

2. Tratándose de amparos en trámite en los que se reclama una orden de aprehensión, el auto de formal prisión que se dicta con fecha posterior a la de presentación de la demanda, no da lugar a sobreseer en el juicio con apoyo en la fracción xvi del artículo 73 de la Ley de Amparo, pues no cesan los efectos de la orden de aprehensión. En cambio, el auto de libertad con las reservas de ley sí produce la cesación de los efectos de la orden de aprehensión.

3. En aquellos casos en los que se dicta auto de formal prisión, y no se ha impugnado en amparo la orden de aprehensión, el afectado puede reclamar en una misma demanda las dos resoluciones o puede reclamar solamente la formal prisión y consentir la orden de aprehensión; no puede, en cambio, reclamar únicamente la orden de aprehensión, sin combatir la formal prisión, porque tal pretensión resulta contraria a la lógica y a los principios jurídicos de indivisibilidad de la continencia de la causa, concentración y economía procesal que son consubstanciales al juicio de garantías.

4. En estos casos, el amparo que se concede por falta de fundamentación y motivación, o su insuficiencia, sólo tiene el efecto de obligar a la autoridad responsable a dictar nueva resolución, en la que purgue los vicios formales de la anterior, si es que reitera su sentido, o en un sentido diverso; en el primer caso las irregularidades formales pueden corregirse sin restituir en su libertad al quejoso y sin demérito de las actuaciones posteriores, en virtud de que no se está en el caso de reparar vicios de fondo.

Es verdad que la redacción del segundo párrafo de la fracción X citada, es poco clara en tales aspectos y que puede entenderse en otro sentido, según convenga a los intereses de quien interpreta; sin embargo, este Alto Tribunal tiene el deber de esclarecer y fijar el alcance de las normas jurídicas, de tal manera que se cumpla la finalidad que previó el legislador, quien no ha querido, en ningún caso, que se abuse del derecho.

En consecuencia, los criterios que deben prevalecer con carácter de jurisprudencia, son los siguientes:

ORDEN DE APREHENSIÓN. NO CESAN SUS EFECTOS CUANDO SE DICTA EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, (INTERRUPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 1113 DE LA PRIMERA SALA Y ANÁLISIS DE LA FRACCIÓN XVI DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO).La anterior Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en la jurisprudencia 1113, publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, páginas 1788 y 1789, cuyo texto es: "LIBERTAD PERSONAL, RESTRICCIÓN DE LA (CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA). La libertad personal puede restringirse por cuatro motivos; la aprehensión, la detención, la prisión preventiva y la pena; cada uno de los cuales *tiene* características peculiares. El conjunto de normas jurídicas que condicionan y rigen la restricción de la libertad, en los distintos casos de que se ha hablado, se llama *situación* jurídica; de modo que cuando esta situación cambia, cesan los efectos de la situación jurídica anterior, pues cada forma de restricción de la libertad excluye a las otras y por lo *mismo,* desaparecen los efectos del acto reclamado y es improcedente el amparo contra la situación jurídica anterior". Ahora bien, en el segundo párrafo de la fracción X del artículo 73 de la Ley de Amparo, vigente a partir del primero de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, el legislador introdujo una excepción a la regla general contenida en el primer párrafo de la misma fracción, consistente en que cuando por vía de amparo indirecto se reclamen violaciones a los artículos 16, 19 o20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sólo la sentencia de primera instancia hará que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones, para los efectos de la

procedencia del juicio. Tal excepción lleva a variar el aludido criterio jurisprudencial y a establecer que si el acto reclamado en el juicio de amparo se hace consistir en la orden de aprehensión, y durante el trámite del mismo el inculpado es capturado o comparece voluntariamente ante el juez, y éste emite el auto de formal prisión, ello no hace cesar los efectos de la orden de aprehensión, sino que acontece todo lo contrario, porque no la deroga, no la deja insubsistente, ni tampoco desaparecen todos sus efectos; por tanto, no se actualiza la causal de improcedencia prevista en la fracción XVI del artículo 71 de la ley de la materia.

ORDEN DE APREHENSIÓN. INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN X DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE AMPARO, VIGENTE A PARTIR DEL PRIMERO DE FEBRERO DE 1994. La adición del segundo párrafo de la fracción X del artículo 73 de la ley de la materia, que entró en vigor en la fecha señalada, pone de manifiesto la existencia de una excepción orientada a que en los juicios de garantías se analicen las violaciones a la libertad personal relacionadas con los artículos 16, 19 o 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y a que se limite la aplicación de la causal de improcedencia por cambio de situación jurídica, al dictado de la sentencia de primera instancia, única hipótesis en la que se consideran irreparablemente consumadas las violaciones reclamadas; por tanto, el auto de formal prisión no da lugar a la improcedencia del amparo que con antelación se hubiere hecho valer en contra de la orden de aprehensión

ORDEN DE APREHENSION. EL AMPARO EN SU CONTRA ES IMPROCEDENTE CUANDO YA SE DICTÓ FORMAL PRISIÓN Y LUEGO SE RECLAMA AQUELLA EN FORMA AISLADA. Cuando el amparo se promueve después de dictada la formal prisión, y no se reclama ésta sino solamente la orden de aprehensión, resulta improcedente el juicio, no por haber operado el cambio de situación jurídica, ni por haber cesado sus efectos, sino porque resulta inadmisible que, en esa hipótesis, se divida la continencia de la causa y se reclame solamente uno de los actos

procesales que afectan al promovente (orden de aprehensión) y el otro no (formal prisión). Tal proceder, además de ilógico, resulta contrario a los principios de concentración y de economía procesal que inspira al juicio de amparo, e inconveniente a todas luces, pues daría lugar a la promoción de demandas mal intencionadas, contrarias a la naturaleza del juicio constitucional que tiene como propósito fundamental la defensa de las garantías individuales y no erigirse en un mecanismo procesal para entorpecer la administración de la justicia. Estas razones justifican, en tal supuesto, el sobreseimiento del juicio con apoyo en la fracción XVIII del artículo 73 de la Ley de Amparo, la cual se relaciona aquí con los principios generales de derecho antes indicados, que son consubstanciales al juicio de garantías y cuya aplicación autoriza el artículo 14 constitucional

ORDEN DE APREHENSIÓN. EL AMPARO EN SU CONTRA ES IMPROCEDENTE CUANDO SE PROMUEVE DESPUÉS DE QUE LA FORMAL PRISIÓN YA HA SIDO IMPUGNADA EN OTRO JUICIO CONSTITUCIONAL. Cuando solamente se reclama el auto de formal prisión y no la orden de aprehensión que lo precedió, debe entenderse expresamente consentida dicha orden, puesto que no se impugna en la demanda, pudiendo haberlo hecho el afectado, lo cual da cabida, en el nuevo amparo que posteriormente se haga valer contra la orden de aprehensión, a la causa de improcedencia que establece la fracción XI del artículo 73 de la Ley de Amparo.

ORDEN DE APREHENSIÓN Y AUTO DE FORMAL PRISIÓN EFECTOS DEL AMPARO QUE SE CONCEDE POR FALTA O DEFICIENCIA DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE ESAS RESOLUCIONES. Tratándose de órdenes de aprehensión y de autos de formal prisión, el amparo que se concede por las indicadas irregularidades formales, no produce el efecto de dejar en libertad al probable responsable, ni tampoco el de anular actuaciones posteriores, sino que en estos casos el efecto del amparo consiste en que la autoridad responsable deje insubsistente el acto reclamado y con plenitud de jurisdicción dicte una nueva resolución, la cual podrá ser en el mismo sentido de la anterior,

purgando los vicios formales que la afectaban, o en sentido diverso, con lo cual queda cumplido el amparo. De ahí que en la primera de esas hipótesis las irregularidades formales pueden purgarse sin restituir en su libertad al quejoso y sin demérito de las actuaciones posteriores, porque no estando afectado el fondo de la orden de aprehensión o de la formal prisión, deben producir todos los efectos y consecuencias jurídicas a que están destinadas.

REFORMAS 1998 A DISTINTOS ORDENAMIENTOS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL

Rodrigo ZAMORA ETCHARREN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Reformas y adiciones al reglamento de arbitraje y al reglamento interno de la Corte Internacional de Arbitraje*. III. *Cuadro de referencia del viejo al nuevo reglamento de arbitraje.*

I. INTRODUCCIÓN

En el mes de abril de 1997 el Consejo de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI") terminó el proceso de reforma de los nuevos ordenamientos de arbitraje de la CCI.

Independientemente de que las reformas en análisis son las más importantes que se han hecho a estos ordenamientos desde 1975, la CCI se preocupó por mantener los principios básicos de autonomía de las partes en la constitución del tribunal arbitral, así como en el desarrollo del procedimiento. También se conservó el papel observador de la CCI sobre los procesos arbitrales a través de la aprobación de los proyectos de acta de misión y de los laudos.

El nuevo Reglamento de Arbitraje ("Nuevo Reglamento"), entrará en vigor el día primero de enero de 1998. Para los efectos de la aplicación de las reformas y adiciones introducidas, el artículo 6 del Nuevo Reglamento establece que si las partes se someten al arbitraje de la CCI se entenderá que lo hacen bajo las reglas en vigor en la fecha de inicio del procedimiento arbitral, salvo que hayan dejado establecido que lo hacían bajo las reglas en vigor en la fecha de la cláusula arbitral.

Esta regla no será aplicada retroactivamente a aquellos contratos celebrados con anterioridad al primero de enero de 1998. Si por cualquier causa las partes no se ponen de acuerdo en relación a las reglas aplicables, la Corte Internacional de Arbitraje ("La Corte") decidirá el Reglamento aplicable.

II. Reformas y adiciones al Reglamento de Arbitraje y al Reglamento Interno de la Corte Internacional de Arbitraje

El Reglamento de Arbitraje y el Reglamento Interno de la Cámara de Comercio sufrieron muchas modificaciones y adiciones, mismas que analizaré a continuación:

II.1. Se adicionó el artículo 1.1, quedando ahora claro que la Corte ("La Corte") también tramitará *procedimientos arbitrales de carácter nacional*. La diferencia con los viejos ordenamientos es que antes, en el artículo primero del Reglamento Interno de la Corte, se establecía la facultad discrecional (y no obligatoria como ahora) de dicho órgano para aceptar tramitar procedimientos de esta naturaleza.

Sigue siendo un requisito para que la Corte esté obligada a aceptar el arbitraje el que la disputa haya surgido en el ámbito de los negocios, quedando, de nueva cuenta, a la sola potestad de la Corte el rechazar desavenencias ajenas a los negocios.

II.2. Se añadió el artículo 1.5 para dejar establecido que al frente de la *Secretaría de la Corte* se encuentra el Secretario General.

II.3. En el artículo 3 del Nuevo Reglamento, relativo a las *Notificaciones y Comunicaciones*, la palabra declaraciones (statements) ha sido sustituida por la de comunicaciones (communications). Asimismo, en la parte *in fine* del artículo 3.1. se añadió una regla general en el sentido de que de toda comunicación del tribunal arbitral a las partes se deberá enviar una copia a la Secretaría de la Corte.

II.4. En el artículo 3.2 el Nuevo Reglamento aclara que las *comunicaciones* se considerarán válidamente realizadas con las partes o con sus representantes.

II.5. El Nuevo Reglamento añade más *medios mediante los cuales se podrán realizar las comunicaciones o notificaciones* (artículo 3.3, incluyendo ahora: entrega contra recibo, correo certificado, courier, fax, telex, telegrama, o, en fin, cualquier otro medio de telecomunicación que provea un registro del envío.

II.6. Asimismo, para los efectos de los *plazos* (artículo 3.4), se modificó el término de "working day" por el de "business day", a fin de dejar establecido, en forma más precisa, la interpretación que de dicho término debe hacerse.

II.7. En el artículo 4.1 se impone ahora la obligación de la Secretaría de la Corte de notificar la recepción de la demanda de arbitraje, así como de la fecha de dicha recepción tanto al actor como al demandado.

II.8. La *demanda de arbitraje* (artículo 4) ya no debe contener una "exposición de las pretensiones del demandante" (artículo 3.2.b del viejo Reglamento), sino que ahora debe describir la naturaleza y circunstancias de la controversia que origina la demanda. En este sentido, la demanda ahora también debe indicar las prestaciones reclamadas, incluyendo, en la forma más específica posible, el monto de lo reclamado.

Además, la demanda ahora también debe incluir la designación pertinente de árbitro, así como todos los comentarios relacionados con la sede, con el idioma del arbitraje, y con la ley aplicable.

II.9. Por lo que hace a la *contestación de demanda* (artículo 5), ésta ahora deberá contener los comentarios pertinentes a la naturaleza y circunstancias de la controversia que dio origen a la demanda. Además, la contestación también deberá incluir todos los comentarios relacionados con la sede e idioma del arbitraje, así como con la ley aplicable.

II.10. En relación a la *reconvención* (artículo 5.5), las nuevas reglas establecen claramente que ésta debe contener una exposición de la naturaleza y circunstancias de la controversia que origina la contrademanda. En este sentido, la reconvención

ahora también debe indicar las prestaciones relcamadas, incluyendo, en la forma más específica posible, el monto de lo reclamado.

II.11. El nuevo artículo 5.6 otorga expresamente a la Corte la facultad de conceder al demandado en la reconvención una extensión del plazo de 30 días para formular su contestación a la misma.

II.12. En relación con los *árbitros*, a diferencia del Reglamento anterior, el nuevo (artículo 7.2) no sólo los obliga a dar a conocer a la Secretaría General todos los hechos y circunstancias susceptibles de poner en duda su independencia ante las partes, sino que ahora expresamente se indica que también deben firmar una declaración de independencia.

II.13. Asimismo, el artículo 7.4 ahora establece que las razones por las que la Corte decida sobre el *nombramiento, confirmación, recusación o destitución de un árbitro*, no serán comunicadas a nadie. El reglamento anterior (2.13) limitaba dicha prohibición de comunicación a aquellos casos en que el árbitro no cumpliera con sus funciones de acuerdo con el Reglamento o dentro de los plazos impartidos.

II.14. Por lo que hace al *nombramiento de los árbitros*, el nuevo artículo 8.2 reduce los tiempos para los casos en que las partes no se pongan de acuerdo en el número de árbitros y la Corte considere que el asunto debe ser conocido por un tribunal integrado por tres árbitros. Ahora, el actor cuenta con 15 días para hacer su nominación, contables desde la fecha en que reciba la notificación de la decisión de la Corte. El demandado, por su parte, deberá proponer a su árbitro dentro de los 15 días siguientes a aquel en que sea notificado del nombramiento hecho por el actor.

II.15. Cuando el arbitraje deba ser resuelto por tres árbitros, una vez que cada parte haya designado a su árbitro, el tercero deberá ser nombrado por la Corte, salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento para su designación (artículo 8.4). La Corte designará al árbitro tercero en el caso de que el proceso pactado por las partes no resulte en la designación del tercero.

Anteriormente la Corte designaba al árbitro tercero, salvo que las partes hubieran dispuesto que los dos árbitros designados por ellas nombrarían al tercero, siendo ésta la única excepción a la designación por parte de la Corte.

II.16. Para los efectos del *nombramiento y confirmación de árbitros*, el Nuevo Reglamento ordena que la Corte y el Secretario general no sólo tomen en cuenta su nacionalidad, residencia y demás relaciones con los países de los que los demás árbitros y las partes sean nacionales, sino también su disponibilidad y capacidad para conducir el procedimiento arbitral de conformidad con el Reglamento.

II.17. Asimismo, el Secretario General ahora puede confirmar la designación de árbitros hecha por las partes o de conformidad con sus respectivos contratos, siempre y cuando hayan entregado su declaración de independencia (artículo 9.2).

II.18. Para el supuesto en el que la Corte designa a un *árbitro en rebeldía* de alguna de las partes, el procedimiento ha variado. Antes, la Corte, con posterioridad al aviso que daba al Capítulo Nacional de cuya nacionalidad es el árbitro designaba a éste. Ahora la Corte designa al árbitro y, posteriormente, se le avisa al Capítulo de la CCI del país de la nacionalidad del árbitro designado.

II.19. Un problema que ha dado muchos dolores de cabeza a la Corte es el de la *designación de árbitros cuando hay tres o más partes*. Con el Nuevo Reglamento se da una solución al mismo. El artículo 10 ahora indica que si la disputa debe resolverse por tres árbitros, todos los actores, por un lado, y todos los demandados, por el otro, designarán a un árbitro para su confirmación.

Si no es posible la designación conjunta y no todas las partes están de acuerdo en fijar un proceso para la designación del tribunal arbitral, la Corte nombrará a los tres miembros del tribunal y designará a uno de ellos como presidente del mismo. Solamente las Reglas Internacionales de Arbitraje de la American Arbitration Association (artículo 6.5) y el Reglamento de Arbitraje de la World Intellectual Property Organization (artículo 18) contienen disposiciones similares.

II.20. Con el Nuevo Reglamento (artículo 11.3 y 12.3), *los comentarios que los árbitros y las partes hagan* en relación con: *a*) la recusación de otro árbitro, *b*) el impedimento de un árbitro de *iure* o de *facto* para el cumplimiento de su misión, o, *c*) el hecho de que el árbitro no cumpla con sus funciones, se harán del conocimiento de todos ellos.

II.21. En el artículo 12.1 del Nuevo Reglamento, se indica como nueva *causa de sustitución de un árbitro* el que todas las partes lo soliciten.

II.22. En relación con la sustitución del árbitro, el artículo 12.4 otorga a la Corte la facultad discrecional para seguir o no el proceso original de designación.

II.23. El Nuevo Reglamento, en su artículo 12.5, permite que la Corte ordene que un *procedimiento arbitral sea finalizado con un número de árbitros menor que el original*. Este supuesto se dará cuando uno de los árbitros fallezca o sea removido por la Corte. Para tomar esta decisión, la Corte deberá tomar en cuenta el punto de vista de los demás árbitros, así como cualquier otra circunstancia que considere apropiada. Una de estas circunstancias será la ley aplicable, misma que, en algunos países, prohibe que los arbitrajes sean conducidos por un número par de árbitros, no siendo éste el caso del artículo 1426 del Código de Comercio.

II.24. Con el fin de agilizar el proceso, la Corte transmitirá el expediente al tribunal arbitral tan pronto como éste sea constituido (artículo 13). Anteriormente, el expediente le era remitido hasta que la Corte tuviera en su posesión la contestación de demanda.

II.25. Independientemente de que las partes siguen teniendo la facultad de fijar la sede del arbitraje (artículo 14.1), ahora se faculta al tribunal arbitral para que, tras consulta con las partes, celebre audiencias y/o reuniones en cualquier lugar que considere apropiado. Aún así, las partes tienen el poder de impedir que el tribunal arbitral ejerza este derecho (artículo 14.2). Asimismo, se establece claramente que el tribunal arbitral podrá deliberar en cualquier lugar que considere conveniente (artículo 14.3).

II.26. Por lo que hace a las *normas que rigen el proceso*, anteriormente se establecía que, ante el silencio del Reglamento, el proceso sería regido por aquellas reglas que determinan las partes o, en su defecto, el árbitro, con referencia o no a una ley procesal interna aplicable al arbitraje ("...whether or not reference is thereby made to a *municipal* procedural law to be applied to the arbitration...") (artículo 11).

En cambio, el Nuevo Reglamento (artículo 15.1) indica que, ante el silencio de dicho ordenamiento, las reglas que fijen las partes o el tribunal arbitral no deberán necesariamente hacer referencia a un ordenamiento procesal de carácter nacional (artículo 15.1) ("...whether or not reference is thereby made to the rules of procedure of a *national* law to be applied to the arbitration"...)

Se añade también que, en todo caso, el tribunal arbitral deberá actuar en forma equitativa e imparcial, asegurándose de que todas las partes tengan oportunidad razonable de presentar sus argumentos (artículo 15.2).

II.27. El Nuevo Reglamento (artículo 16) deja claro que la facultad del tribunal arbitral de fijar el o los *idiomas de arbitraje* sólo podrá ser usada en caso de ausencia de acuerdo entre las partes.

II.28. Uno de los aspectos de la reforma que afecta en forma importante el actual proceso arbitral es aquel referente a la *ley aplicable al fondo del asunto*. Anteriormente, a falta de indicación de las partes sobre el derecho aplicable al fondo del litigio, el árbitro aplicaba la ley designada por la norma de conflicto que juzgara apropiada. Ahora, el Nuevo Reglamento (artículo 17.1) indica que para fijar ese derecho, el tribunal arbitral deberá aplicar el derecho (*rules of law*) que considere apropiado, sin tener que hacer referencia a una norma de conflicto.

II.29. El acta de misión también ha sufrido varias modificaciones. Esta ahora deberá ser elaborada tan pronto como el tribunal arbitral reciba el expediente de la Corte (artículo 18.1).

Además de lo ya indicado en el Viejo Reglamento (artículo 13.1), el acta ahora también deberá incluir las prestaciones reclamadas, incluyendo, en la forma más específica posible, el monto de lo demandado o reconvenido (artículo 18.1.c). Ade-

más, el Nuevo Reglamento (artículo 18.1.d) deja ahora al tribunal arbitral la facultad de incluir o no la determinación de los puntos litigiosos a resolver. En el mismo sentido, se eliminó la anterior fracción h del inciso 1 del artículo 13, que ordenaba que también se incluyeran cualesquiera otras menciones que fueren necesarias para que el laudo fuera susceptible de sanción legal o que sean juzgadas útiles por la Corte o por el árbitro.

Para efectos de su firma, anteriormente, si una de las partes incurría en rebeldía en la firma del acta, el árbitro la enviaba a la Corte y, una vez aprobada por ésta, se otorgaba un plazo a la parte rebelde para que la suscribiera. Una vez transcurrido dicho plazo, el arbitraje continuaba. El Nuevo Reglamento (artículo 18.3) elimina el plazo citado, ordenando que, una vez que la Corte devuelva el acta de misión debidamente aprobada el arbitraje continúe.

II.30. El Nuevo Reglamento (artículo 18.4) ordena que, al redactar el acta de misión o lo más pronto posible después de eso, el tribunal arbitral deberá, tras consultar con las partes, fijar el *calendario provisional* que pretende seguir para la conducción del arbitraje, mismo que deberá ser comunicado a las partes y a la Corte, al igual que toda modificación al mismo.

II.31. Anteriormente, las partes sólo podían presentar nuevas demandas o contrademandas si éstas permanecían dentro de los límites fijados por el acta de misión o si se incluían en un addendum a ese documento. Con las reformas, el nuevo artículo 19 faculta al tribunal arbitral para que admita demandas o reconvenciones que se encuentren fuera de los límites fijados por el acta de misión, siempre que previamente se consulte a las partes y el tribunal tome en consideración la naturaleza de la demanda, la etapa en que se encuentre el proceso, así como cualquier otra circunstancia relevante.

II.32. El Nuevo Reglamento (artículo 20.4) ordena al tribunal arbitral que consulte a las partes antes de designar uno o más *peritos*. Además, a solicitud de una de las partes, a todas se les dará la oportunidad de interrogar a los peritos que hayan sido designados por el tribunal.

II.33. Siguiendo en el ámbito probatorio, el Nuevo Reglamento faculta expresamente al tribunal arbitral para que, durante el procedimiento, ordene a las partes *aporten mayores elementos de prueba* (artículo 20.5).

II.34. También se faculta al tribunal arbitral (artículo 20.7) para que tome las medidas necesarias para *proteger el secreto industrial y cualquier información confidencial*.

II.35. Para efectos de representación de las partes en las audiencias, el viejo reglamento indicaba que éstas podían comparecer en persona o mediante *duly accredited agents* (artículo 15.5). Ahora indica que podrá ser representada por *duly authorised representatives*.

II.36. Con la reforma se introdujo el artículo 22, que en sus dos incisos, analiza el *cierre del procedimiento* arbitral. El primer inciso indica que, una vez que las partes han tenido una oportunidad razonable de presentar sus argumentos, el tribunal arbitral declarará cerrado el proceso. Pasada esta etapa, ninguna solicitud, argumento o prueba podrán ser presentados, salvo que sea el propio tribunal quien lo solicite o autorice.

El segundo inciso establece que el tribunal arbitral, una vez que haya declarado cerrado el procedimiento, deberá indicar a la Corte la fecha aproximada en la que el proyecto de laudo será sometido a su aprobación. Si dicha fecha es pospuesta le deberá ser notificado a la Secretaría de la Corte. Este aviso, al igual que el calendario provisional, a pesar de no ser obligatorios, sí servirán para imponer el tribunal una carga moral frente a la Corte.

II.37. En el nuevo procedimiento se establece (artículo 23.1), en forma clara y definitiva, que el tribunal arbitral, tan pronto como le haya sido remitido el expresidente, podrá, a solicitud de parte, ordenar las *medidas conservatorias o provisionales* que considere convenientes. El tribunal arbitral podrá requerir a la parte solicitante de la medida que otorgue garantía suficiente antes de ordenar la práctica de la medida. Las medidas que en este sentido adopte el tribunal deberán estar contenidas en proveídos, señalando las motivaciones, o en laudos, según lo considere más conveniente el tribunal.

Asimismo, en el viejo reglamento (artículo 8.5), antes de que el expediente le fuera enviado a los árbitros, las partes podían, en circunstancias *excepcionales*, solicitar a la autoridad judicial competente ordenar las medidas provisionales o conservatorias correspondientes. Ahora (artículo 23.2), esta solicitud podrá ser hecha no sólo en circunstancias *excepcionales*, sino en todas aquellas que sean *apropiadas*.

II.38. Para los efectos del *dictado del laudo*, en el viejo reglamento (artículo 19) sólo se preveían los casos de uno y de tres árbitros. Ahora (artículo 25.1.), se establece que, en los casos en que el tribunal arbitral esté compuesto por más de un árbitro, el laudo será dictado por mayoría. Además, se añade que el laudo deberá establecer las motivaciones en que se encuentre basado (artículo 25.2).

II.39 En relación con el laudo por consenso, el artículo 26 del Nuevo Reglamento establece que el mismo será dictado en dicha forma únicamente si así lo piden las partes y el tribunal está de acuerdo.

II.40. Otra reforma relacionada con los laudos es aquella incluida en el artículo 27 de Nuevo Reglamento, que indica que ningún laudo podrá ser pronunciado (*rendered*) sin que el mismo sea previamente examinado por la Corte. Anteriormente (artículo 21), el mismo no podía ser firmado (*signed*) sin la previa aprobación, sin que el viejo reglamento hiciera mención de su pronunciamiento.

II.41. Otras de las más importantes innovaciones del Nuevo Reglamento es aquella relacionada con la *corrección e intepretación del laudo* (artículo 29). Ahora, el tribunal arbitral, por su propia iniciativa, podrá corregir errores de transcripción (o de pluma), computacionales o tipográficos, así como cualquier otro error de naturaleza similar, que se encuentren contenidos en un laudo, siempre y cuando dicha corrección sea sometida para la aprobación de la Corte dentro de los 30 días posteriores a la fecha del laudo.

Además, las partes podrán solicitar a la Secretaría la corrección de los errores a los que hago mención en el párrafo anterior, dentro de los 30 días posteriores a aquella de la recepción del laudo. El solicitante deberá enviar copia de dicha solicitud

a las demás partes y a los árbitros. El tribunal arbitral concederá un término corto a las otras partes (que normalmente no exceda de 30 días desde la recepción de la solicitud por esa parte) para que envíen los comentarios correspondientes. Si el tribunal considera pertinente corregir o aclarar el laudo, lo deberá hacer en los 30 días siguientes a la fecha en que hayan vencido los 30 días concedidos a todas las partes para remitir sus comentarios. La Corte deberá aprobar el proyecto de corrección o interpretación (artículo 29.2).

Finalmente, el nuevo reglamento indica que la decisión de corregir o interpretar el laudo deberá tomar forma de un addendum y constituirá parte del laudo (artículo 29.3).

II.42. El nuevo sistema del *pago del adelanto por los costos del arbitraje* es otra innovación importante. El nuevo artículo 30.1 indica que, tras recibir la solicitud de arbitraje, el Secretario General podrá solicitar al demandante para que pague un adelanto provisional, cuyo fin será el de cubri los costos del arbitraje hasta el dictado del acta de misión.

Posteriormente, tan pronto sea posible, la Corte fijará el adelanto que las partes deban cubrir para los honorarios y gastos de los árbitros, así como los gastos administrativos de la Corte por las demandas y reconvenciones formuladas por las partes. El monto mencionado estará sujeto a los reajustes que sean necesarios durante el proceso arbitral. En caso de que existan demanda y reconvención, la Corte podrá fijar montos por adelanto separados por cada una (artículo 30.2).

La forma de pago de los montos indicados es igual a la fijada en el viejo reglamento. Sin embargo, ahora se introduce también la facultad del Secretario General para que, consultando el tribunal arbitral, en caso de que una de las partes se abstenga de pagar el adelanto, se suspenda el procedimiento y se fije un plazo, no menor de 15 días, para que la parte rebelde pague. En caso de que transcurra dicho plazo sin que haga pago, su demanda o contrademanda será desechada. Este desechamiento no impide que la rebelde la pueda presentar de nuevo con posterioridad en otro proceso. La parte rebelde, en el plazo fijado para que haga el pago, podrá objetar la medida, dejando la decisión a la Corte (artículos 30.3 y 30.4).

Adicionalmente, si una de las partes considera que tiene derecho a una compensación con respecto a la demanda o contrademenda formulada por su contraria, la misma deberá ser tomada en cuenta en la fijación del monto de adelanto como si fuera otra demanda más, en la medidad en que ésta obligue al tribunal a analizar cuestiones adicionales.

II.43. Los *costos del arbitraje* también sufrieron varias modificaciones. Primero que nada, éstos ahora también incluyen los gastos de los árbitros (y no sólo sus honorarios), así como cualquier gasto (no sólo los legales) realizado por las partes del arbitraje. Sin embargo, ahora se indica que las costas cubrirán los honorarios y gastos únicamente de los peritos nombrados por el tribunal (artículo 31.1).

Anteriormente (artículo 20.2) se decía que las costas del arbitraje serían fijadas de acuerdo con el arancel anexo al Reglamento. Ahora se indica que éstas serán fijadas de conformidad con el arancel vigente al momento en que se inicie el procedimiento arbitral, es decir, la fecha en que el Secretario reciba la solicitud de arbitraje (artículos 4.2 y 31.1).

El tribunal arbitral puede ahora también tomar decisiones en relación a aquellas costas del arbitraje (distintas a las fijadas por la Corte) en cualquier momento del proceso (artículo 31.2).

II.44. A pesar de que antes se encontraba implícito, en el Nuevo Reglamento (artículo 32) se establece *la facultad de las partes de acortar los plazos* fijados en el mismo. Si el acuerdo de reducción de plazos se celebra con posterioridad a la integración del tribunal arbitral, será necesaria la aprobación de éste para que el acuerdo surta efectos (artículo 32.1).

A pesar de lo anterior, el segundo inciso del mismo artículo 32 indica que la Corte puede ampliar cualquiera de los plazos que hayan sido reducidos por las partes si así lo cree conveniente para que el tribunal o la misma Corte cumpla con sus obligaciones de conformidad con el Reglamento.

II.45. El *consentimiento de las partes* respecto del proceso arbitral es otra de las adiciones. En efecto, el artículo 33 decreta que si una parte procede con un proceso arbitral sin objetar las violaciones que se comenten al Reglamento, a cualquier otro ordenamiento aplicable al proceso, a cualquier resolución del tribunal o a los requerimientos derivados del acuerdo arbitral en relación con la integración del tribunal arbitral y con la conducción del procedimiento, se entenderá que renuncia a su derecho de objeción.

II.46. El tema de la responsabilidad de los árbitros y de los centros administrativos de arbitraje es uno de los menos regulados. El artículo 34 del Nuevo Reglamento es uno de los primeros pasos que se toma para reglar este aspecto. Este precepto indica que ni los árbitros, ni la Corte o sus miembros, ni la CCI o sus empleados, ni los capítulos de la CCI, serán responsables por los actos u omisiones relacionados con el arbitraje.

II.47. Por su parte, el nuevo reglamento interno de la Corte Internacional de Arbitraje (artículo 4) permite ahora que los *vicepresidentes* de ésta sean asesorados o árbitros en arbitraje de la CCI, dejando ahora como única excepción al presidente de la Corte. Sin embargo, no podrán ser designados como árbitros directamente por la Corte, sino que lo deberán ser por nombramiento de las partes.

II.48. Además, el nuevo reglamento interno (artículos 7 al 10) eliminó la lista limitativa de facultades de los *Comités de la Corte*. En el viejo reglamento interno se impedía a los Comités conocer de recusaciones y remociones de árbitros, aprobación de proyectos de laudos arbitrales que no fueren dictados por convenio, materias que debían ser sometidas al Pleno de la Corte, que se reúne una vez al mes. Ahora será la Corte quien dicte instrucciones a los Comités respecto a las decisiones que pueden tomar, permitiendo con esto una mayor flexibilidad y aceleración del proceso arbitral.

III. Cuadro de referencia del viejo al nuevo reglamento de arbitraje

A continuación listo en dos columnas los artículos del viejo reglamento de arbitraje concordados con aquellos del Nuevo Reglamento:

Viejo Reglamento	Nuevo Reglamento
1.1	1.1
1.2	1.2
1.3	1.3
1.4	1.4
1.5	1.5
2.1	1.2, 7.6, 9.1
2.2	2.1, 8.1
2.3	8.3
2.4	7.1, 7.2, 8.4
2.5	8.2
2.6	9.3, 9.4, 9.5 9.6
2.7	7.1, 7.2, 7.3
2.8	11.1, 11.2
2.9	11.3
2.10	12.1
2.11	12.2, 12.3
2.12	12.4
2.13	7.4
3.1	4.1, 4.2
3.2	4.3
3.3	4.5
4.1	5.1, 5.2
4.2	5.4

VIEJO REGLAMENTO	NUEVO REGLAMENTO
5.1	5.5
5.2	5.6
6.1	3.1
6.2	3.2
6.3	3.3
6.4	6.4
7	6.2
8.1	6.1
8.2	6.3
8.3	6.2

8.4	6.4
8.5	23.2
9.1	30.1, 30.2
9.2	30.3
9.3	13
9.4	13, 30
10	13
11	15.1
12	14.1
13.1	18.1
13.2	18.2, 18
13.3	17.1
13.4	17.3
13.5	17.2
14.1	20.1, 20.2, 20.3
14.2	20.4
14.3	20.6
15.1	21.1
15.2	21.2
15.3	16
15.4	21.3
15.5	21.4
16	19
17	26
18.1	24.1
18.2	24.2
18.3	-----
19	25.1
20.1	31.3

VIEJO REGLAMENTO	NUEVO REGLAMENTO
20.2	31.1
20.3	31.2
21	27
22	25.3
23.1	28.1
23.2	28.2

23.3	28.3
24.1	28.6
24.2	28.6
25	28.4, 28.5
26	35

DON JOSÉ GARCÍA PIMENTEL Y BRANIFF
(18-IX-1933 - 7-IX-1996)

Profesor de Sociología en 1971 y de Derecho Romano, de 1972 a 1992.

Originario de la Ciudad de México, cursó el bachillerato de Ciencias y Humanidades en el Instituto de Bachilleratos (47/49) e Instituto Patria (50/51). De 1952 a 1956 hizo sus estudios de abogado en la ELD, donde sustentó examen profesional el 18 de octubre de 1957, presentando como tesis un estudio sobre el *Crédito comercial documentario.*

Calificadores de ella fueron don Manuel Lizardi y don José Gómez y S. Gordoa. El sínodo estuvo integrado por don Mariano Alcocer, don Salvador Cardona, don José Gómez y S. Gordoa, don Íñigo Laviada y don José del Corral. El caso práctico, sobre títulos de crédito, lo planteó don Íñigo Laviada.

Fue don José presidente de la Sociedad de Alumnos y delegado ante los Consejos Nacionales Estudiantiles en 1955 y representante de la Escuela ante el Congreso de la Habana de la Academia Internacional de Derecho Comparado e Internacional en febrero de 1957.

Ejerció ininterrumpidamente su profesión hasta 5 años antes de su fallecimiento. Y, entre otros cargos, desempeño los siguientes: Asesor jurídico de la Oficina de Límites y Aguas Internacionales de la Secretaría de Relaciones Exteriores (1955); Miembro de la Comisión Revisora de Tratados sobre Extensión de Mar Territorial ante la obra de Límites y Aguas Internacionales de la Secretaría de Relaciones Exteriores (1955); Jefe del Departamento Fiduciario de Crédito Hipotecario, S. A.; Catedrático adjunto de Derecho Civil y Notariado en

la Escuela Nacional de Ciencias Políticas durante el año de 1958; Asesor en materia internacional de la Comisión que elaboró la Ley Federal de Derechos de Autor; Socio del Instituto Internacional de Historia Militar, A.C.; Jefe del Departamento Técnico Consultivo de la Dirección General del Derecho de Autor de la Secretaría de Educación Pública (1961 y 1962); Asesor jurídico de la Subsecretaría de Asuntos Culturales de la Secretaría de Educación Pública (1963-1969); Jefe del Departamento Jurídico del Fondo de Cultura Económica de 1970 a 1976; Abogado del Banco Mexicano Somex, S. A., de 1976 a 1991.

Contrajo nupcias con doña Carmen Caraza y procrearon 7 hijos y dos hijas: Manuel —abogado también egresado de la ELD—, Antonio, José, Pablo, Lorenzo, Rafael, Alvaro, Mercedes y Carmen.

Fue don José un convencido de que "dar clases es renovarse" y de que "estar con la juventud estudiosa es estar con la vida".

M.L.M.

DON GRACIANO CONTRERAS
(16-XII-1906 - 27-II-1997)

Profesor de Derecho Romano y Tesorero de la Escuela, por muchos años. Honra y prez del notariado mexicano. Colaborador muy eficaz de la Unión Internacional del Notariado Latino.

De su natal Tarimoro, Gto., pasó a cursar la preparatoria en el Seminario Tridentino de Morelia, Mich., de 1918 a 1923, donde se le otorgó constancia de estudios a través de don Gregorio Alfaro, el 11 de febrero de 1925. Y el día 24 siguiente la ELD atendió su solicitud de ser inscrito como alumno numerario en primer año. Su tesis trató *De la facultad del Congreso de la Unión y de las legislaturas de los Estados para expedir las leyes orgánicas de los artículos constitucionales*. Calificadores fueron: don Manuel Herrera y Lasso, que la consideró "excelente trabajo" (16 de mayo de 1930) y don Manuel G. Escobedo, que la aprobó porque "reúne los requisitos del artículo 41 del Reglamento de la Escuela" (23 de mayo de 1930).

El caso práctico fue propuesto por don Luis R. Lagos sobre materia procesal (29 de mayo de 1930). El examen profesional verificóse el 4 de junio de 1930.

Laboró como adscrito de la Notaría 43 del Distrito Federal, a cargo de don Agustín Santamarina. De allí pasó, también como adscrito, a la de don Juan B. Callejo, notario 54 del Distrito Federal, y a su renuncia, convirtióse don Graciano en notario 54 del D.F., función que desempeñó por más de 50 años, con gran capacidad y honestidad, como lo fue siempre unánimemente reconocido. Presidente del Colegio de Notarios del Distrito Federal y de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., de la que fue uno de los fundadores y presidente honorario hasta su fallecimiento. Decano de los notarios del

Distrito Federal. Notario y consultor de varios presidentes de la República. Ante él se tiró la escritura constitutiva de Teléfonos de México, empresa a la que sirvió desde entonces.

En su notaría (5 de mayo No. 27-9º piso) se formó un buen número de respetables notarios: don Fernando Arce Santamarina, don Adolfo Contreras Nieto, don Salvador Sánchez de la Barquera, don José Serrano Acevedo, don Vicente Ramírez Osante, don Luis de Angoitia y Gaxiola, don Daniel Luna Ramos, don Enrique Castañeda Andrés, don Carlos Ifarraguerri y Villarreal, don Homero Díaz Rodríguez (luego notario 54 del D.F.) y don Eutiquio López Hernández, el último, y actual notario 35 del Distrito Federal.

En agosto de 1991 presentó su renuncia de notario, efectiva a partir del 1º de septiembre siguiente, queriendo "salir por la puerta grande, decía, y para dejar lugar a las nuevas generaciones".

Casó con doña Hortensia Villarreal, quien le sobrevive y lo recuerda como excelente esposo y padre de familia. Tuvieron como hijos un varón y siete mujeres: Ma. Guadalupe, Hortensia, Carlos, Rita, Ma. Luisa, Luz María, Consuelo y Lourdes.

Hermano mayor de don Graciano fue don Edmundo, cura párroco de Las Monjas, en Morelia.

Se recuerda la bonhomía de "don Chano". Varón prudente; muy caritativo; católico no sólo creyente, sino también fervoroso practicante; de proverbial paciencia; de contagiosa y estruendosa risa que combinaba, sólo por citar un caso, con la de su amigo "Pancho" Vázquez Pérez, aquel otro sabio, allá en la Notaría 74, de Juárez y Balderas. Gozó de universal reconocimiento y fama de notario excelente y hombre de muchas virtudes. Dios lo ha llamado a compartir la felicidad eterna.

M.L.M.

ÍÑIGO LAVIADA ARRIGUNAGA
(1927-1997)

El lunes santo, 24 de marzo de 1997, falleció en la ciudad de México Íñigo Laviada Arrigunaga, profesor de Historia General del Derecho por casi 35 años en nuestra Escuela.

Había nacido en 1927 en Mérida, Yucatán, donde también cursó el primer año de los estudios jurídicos. En 1946 ingresó a la Escuela Libre donde se recibió como abogado el 5 de noviembre de 1951 con una tesis que fue premiada como el mejor trabajo de ese año titulada *El concepto de soberanía: título de ejercicio, modo, límites*. Su trabajo fue el fruto de una serie de variadas lecturas y meditaciones profundas en torno a los límites éticos y políticos del poder del Estado desde la perspectiva católica; Delos, Suárez, Preciado Hernández, Tomás de Aquino, Jiménez Fernández, León XIII, Pío XI, Gregorio Marañón, Juan Solórzano, Rousseau, Duguit, Jellinek, Pío XII, Caso, Balmes, y otras decenas de autores citados mostraron a un joven estudiante dueño ya de una excelente formación humanista que pensaba fundadamente que "la función y finalidad del Estado y su soberanía es organizar y mantener un medio social propicio para que la persona humana pueda alcanzar los fines superiores de su existencia. Luego dichos fines de la persona humana son superiores al Estado y limitan a éste". La solidez de esta formación le permitió ocupar desde 1955 la cátedra de Historia General del Derecho, en el cuarto año de los estudios profesionales en nuestra Escuela, en donde desarrolló un método nada convencional: empezaba su curso en la época presente y retrospectivamente lo concluía en los periodos históricos más antiguos. Resultado de tantos años de docencia fueron unos apuntes de Historia del Derecho que por desgracia

no han visto luz y en los cuales trabajaba poco antes de su penosa enfermedad.

Estos datos, fríos y objetivos, los consigna quien fuera su alumno en el inolvidable curso de 1975-1976 y es su continuador en el empeño de plantear la necesidad y el valor de la Historia del Derecho dentro de los estudios jurídicos. Lo que no puede ser frío ni objetivo es intentar dar una semblanza de don Íñigo, porque ésta ha de nacer del recuerdo y alimentarse del sentimiento. Los que fuimos sus alumnos lo recordaremos siempre como aquel enorme profesor (medía casi dos metros), prematuramente canoso, de espalda inclinada y risa franca que nos seducía por su manera clara y cálida de recordarnos una historia rodeada de hechos, fechas y personajes que habíamos aprendido de niños y olvidado. Él, dueño de un finísimo sentido del humor, siempre despistado y siempre inteligente, había desarrollado una enorme capacidad de observación que puso siempre al servicio del análisis histórico, social y antropológico. No lo conocí como abogado pero un recuento rápido de sus obras exhibe dos libros dedicados a temas jurídicos: *Deficiencias frecuentes en las actas de emisión de acciones y en las estipulaciones pactadas* (Academia de Derecho Bursátil, 1979) y *Teoría y práctica del Seguro Social en México* (Confederación Patronal de la República, 1973) y unos cuantos artículos publicados en revistas especializadas. En cambio, a Laviada lo recordaré siempre por ser ese profesor de historia jurídica que hizo volar mi imaginación y quien además de ayudarme a definir mi vocación, tanto me enseñó —sin saberlo— en sus fascinantes charlas en torno a una mesa en las comidas anuales que por Navidad organiza la Escuela Libre. Ahí me percaté de la verdadera vocación de un profesor aparentemente distante: un humanista. Fue un hombre interesado por el hombre desde una visión cristiana y poseedor de unos instrumentos formidables para tratar de conocerlo y, desde aquí, amarlo: la historia, la antropología (ha sido el mejor antropólogo social empírico que he conocido), la teología, el derecho... y su pertinaz inclinación hacia los viajes. Precisamente por ser humanista fue viajero, investigador y conversador, sólo después un escritor. Sentido común y del humor, capacidad de análisis, investigación empírica, viajes, entrevistas, charlas —muchas charlas— excursiones a la sierra y a su tierra, y lecturas —muchas lecturas—, nada le fue indiferente ni prescindible frente a su preocupación por los problemas del hombre... del mexicano... de nuestros indios. De aquí nacieron tres libros que por sí mismos revelan su impactante personalidad: *Mansos, mensos y hospitalarios* (Diana, 1975), *Los caciques de la sierra* (Jus, 1978); *Vida y muerte de un latifundio* (Porrúa, 1984) y su enorme producción editorial; mucho antes de morir me envió el fruto de una labor periodística continuada por más de 30 años en *Excélsior* y en el *Diario de Yucatán*. Producto de ese poco común sentido de la observación fueron más de 370 editoriales donde uno puede repasar el latir de México y del mundo por tres décadas. El periodismo se convirtió en él en la manera de plasmar y dejar constancia de algo de lo mucho que le preocupó; poco escapó a su vista y nada le fue indiferente.

Conocer fue para él un imperativo que lo llevó a viajar y a leer para, de este modo, conocer y amar mejor al hombre. Díganlo si no sus propias palabras, suscritas en su libro de viajes *El hombre en el mundo socialista* (Comercial Nadrosa, 1968):

"La práctica del amor al prójimo, por el amor a Dios, esencia de la vida cristiana, exige previamente el conocimiento del prójimo. No se puede amar a quien no se conoce"

Quiso conocer para amar; conoció y amó. Descanse en paz

J.A.F.

ALGUNOS DATOS DEL CURSO ESCOLAR DE 1996/1997

Manuel LÓPEZ MEDINA

SUMARIO: I. *Calendario escolar*. II. *Junta Directiva*. III. *Personal administrativo*. IV. *Materias y profesorado de la licenciatura*. V. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. VI. *Publicaciones*. VII. *Biblioteca y hemeroteca*. VIII. *Cooperaciones interinstitucionales*. IX. *Sociedad de alumnos*. X. *Seminarios*. XI. *LXXXV Aniversario*. XII. *Alumnos recibidos y tesis presentadas en la licenciatura*. XIII. *Alumnos premiados en la licenciatura*. XIV. *Profesores y funcionarios de la Escuela que recibieron condecoraciones*. XV. *Posgrado*.

I. CALENDARIO ESCOLAR

Inauguración de cursos: lunes 26 de agosto de 1996.
Iniciación de cursos: martes 27 de agosto de 1996.
Vacaciones:

A) Del 14 de diciembre de 1996 al 5 de enero de 1997.
B) Del 24 al 29 de marzo de 1997.

Terminación de cursos: 9 de mayo de 1997.
Exámenes preordinarios: del 12 al 23 de mayo de 1997.
Exámenes ordinarios: del 26 de mayo al 11 de julio de 1997

II. JUNTA DIRECTIVA

Don Miguel Ángel Hernández Romo, Rector. Don Francisco de Icaza Dufour, Primer Vocal. Don Mario Becerra Pocoroba, Segundo. Don Ismael Gómez Gordillo, Suplente. Dichos vocales fueron ratificados el 13 de noviembre de 1996 por la Junta General de Profesores.

III. Personal administrativo

Don Pedro Barrera Ardura y don Jaime del Arenal Fenochio prosiguen como secretarios, general y académico, respectivamente; don Graciano Contreras, como tesorero, hasta el día de su fallecimiento (27-II-97). Para sustituirlo, la Junta Directiva designó a don José Cándano y García de la Mata el 9 de abril de 1997. Directores continúan, don Francisco de Icaza Dufour, del Fondo para la Difusión del Derecho y del Consejo Editorial de la RIJELD; y don Alejandro Ogarrio Ramírez España, del Posgrado. Secretario en éste, doña Luz María Ortiz Marín.

IV. Materias y profesorado de la licenciatura

Primer año A

Introducció al estudio del Derecho: don Bernardo Ledesma Uribe.
Derecho Civil: don Víctor del Río y Sáinz
Derecho Romano: don Miguel Ángel Fernández Delgado.
Economía Política: don Antonio Cárdenas Arroyo.
Sociología: don Martín Díaz Díaz.
Introducción a la Investigación Jurídica: doña Gisela Oscós Said.

Primer año B

Introducción al estudio del Derecho: don Carlos Müggenburg Rodríguez Vigil.
Derecho Civil: don Luis Zuno Chavira.
Derecho Romano: don Carlos Morales Montes de Oca
Economía Política: don Rafael Anzures Uribe
Sociología: don Mauricio Oropeza Estrada
Introducción a la Investigación Jurídica: doña Carmen Carmona Lara

Primer año C

Introducción al estudio del Derecho: don Miguel Ángel Hernández Romo.
Derecho Civil: don Miguel Alessio Robles Landa.
Derecho Romano: don Fernando de la Peza Berrios.
Economía Política: don Luis Pazos de la Torre.
Sociología: don José Antonio López Padilla.
Introducción a la Investigación Jurídica: don Jorge Pineda Villarreal.

Segundo año A

Derecho Civil: don Emilio González de Castilla.
Derecho Romano: don Antonio Andere Pérez Moreno.
Economía Política: don Ismael Gómez Gordillo.
Teoría General del Estado: don Eduardo Ibarrola Nicolín.
Derecho Penal: don Moisés Moreno Hernández.
Derecho Procesal Civil: don Raúl Name Neme.
Seminario de Derecho Civil: doña Adriana López González.
Seminario de Teoría General del Estado: don Pascual Orozco Garibay.
Seminario de Derecho Penal: doña Guadalupe Sánchez Palacios.
Seminario de Derecho Procesal Civil: don Julián Olivas Ugalde.

Segundo año B

Derecho Civil: don Cecilio González Márquez.
Derecho Romano: don José Luis de la Peza.
Economía Política: don Miguel Soberón Mainero.
Teoría General del Estado: don Mauricio Oropeza y Segura.
Derecho Penal: don Felipe Gómez Mont.
Derecho Procesal Civil: don Carlos Sodi Serret.
Seminario de Derecho Civil: Ricardo Hernández Estrada.
Seminario de Teoría General del Estado: don Pascual Orozco Garibay.

Seminario de Derecho Penal: don Antonio Maluf Malof.
Seminario de Derecho Procesal Civil: don Jorge Sodi Patiño.

Tercer año A

Derecho Civil: don Ramón Sánchez Medal.
Derecho Penal: don Rafael Mateos Poumián.
Derecho Procesal Civil: don Carlos Loperena Ruiz.
Derecho Mercantil: don Manuel Lizardi Albarrán.
Derecho Laboral: don Francisco José Simón Conejos.
Derecho Procesal Laboral: don Julio Pedro Garduño Arroyo.
Derecho Constitucional: don Raymundo Vázquez Castellanos.
Deontología Jurídica: don Narciso Pérez Lara.
Seminario de Derecho Civil: don René Tercero Rocha.
Seminario de Derecho Penal: don Julio Esponda Ugartechea.
Seminario de Derecho Procesal Civil: don Mario Alberto Zavala Díaz.
Seminario de Derecho Mercantil: don Miguel Vázquez Garza.
Seminario de Derecho Constitucional: don Clemente Vadés.

Tercer año B

Derecho Civil: don Fausto Rico Álvarez.
Derecho Penal: don José Luis Izunza Espinosa.
Derecho Procesal Civil: don Jorge Hernández Romo.
Derecho Mercantil: don Ignacio Soto Borja.
Derecho Laboral: don Luis Díaz Mirón Álvarez.
Derecho Procesal Laboral: don Roberto Colín Piana.
Derecho Constitucional: don Rafael Estrada Sámano.
Deontología Jurídica: don Horacio Aguilar Álvarez.
Seminario de Derecho Civil: don René Tercero Rocha.
Seminario de Derecho Penal: don Julio Esponda Ugartechea.
Seminario de Derecho Procesal Civil: don Eduardo Sodi Carmona.
Seminario de Derecho Mercantil: don José Antonio Manzanero Escutia.

Seminario de Derecho Constitucional: don Clemente Valdés.

Cuarto año A

Derecho Civil: don José Higinio Núñez y Bandera.
Derecho Mercantil: don Diego Martín del Campo.
Derecho Constitucional: don Armando Ostos Luzuriaga.
Derecho Procesal Penal: don Rodolfo Félix Cárdenas.
Derecho Administrativo: don Fauzi Hamdan Amad.
Derecho Internacional Público: don Víctor Álvarez de la Torre.
Historia General del Derecho: don Julio Montejano Hilton.
Seminario de Derecho Mercantil: don Gabriel Reyes Orona.
Seminario de Derecho Constitucional: don Jorge de Ibarrola Dávalos.
Seminario de Derecho Procesal Penal: don José Antonio Becerril González
Seminario de Derecho Administrativo: don Miguel García y García (consecutivamente desde 1994/1995).

Cuarto año B

Derecho Civil: don Juan Manuel Asprón Pelayo.
Derecho Mercantil: don Emiliano Zubirían Maqueo.
Derecho Constitucional: don Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.
Derecho Procesal Penal: don Ignacio Mendoza Aguilar.
Derecho Administrativo: don Fernando Franco González Salas.
Derecho Internacional Público: doña Loretta Ortiz Ahlf.
Historia General del Derecho: don Jaiame del Arenal Fenochio.
Seminario de Derecho Mercantil: don Gabriel Reyes Orona.
Seminario de Derecho Constitucional: don Jorge de Ibarrola Dávalos.
Seminario de Derecho Procesal Penal: don Luis Norberto Cacho Pérez.
Seminario de Derecho Administrativo: don Miguel García y García (consecutivamente desde 1994/1995).

Quinto año A

Derecho Administrativo: don Jorge Pulido Vázquez
Derecho Internacional Privado: doña Laura Trigueros Gaisman.
Derecho Fiscal: don Enrico Pinchetti Ortega
Derecho Monetario y Bancario: don Francisco Borja Martínez.
Historia del Derecho Patrio: don Francisco de Icaza Dufour.
Filosofía del Derecho: don Federico Jorge Gaxiola Moraila.
Seminario de Tesis: don Rodolfo Gómez Alcalá y don Juan José Ríos Estavillo.

Quinto año B

Derecho Administrativo: don Carlos Sánchez Mejorada.
Derecho Internacional Privado: doña Josette Serrato de García.
Derecho Fiscal: don Mario Becerra Pocoroba.
Derecho Monetario y Bancario: don Benjamín Vidargas Rojas.
Historia del Derecho Patrio: don José Manuel Villalpando César.
Filosofía del Derecho: don Rubén Magaña Luna.
Seminario de Tesis: don René Trigo Rizo y don Fernando Cataño Muro Sandoval.

Quinto año-Materias optativas

Derecho Minero: don Rodrigo Sánchez Mejorada.
Derecho Bursátil: don Emilio Ramírez Gámiz.
Notariado: don Jorge Ríos Hellig.
Seguros y Fianzas: don Luis Ruiz Quiroz
Derecho Agrario: don Manuel Ruiz Daza.
Inglés Jurídico: don Javier Becerra Hernández.

V. Instituto de investigaciones jurídicas

Integrado por don Jaime del Arenal Fenochio, don Martín Díaz y Díaz y don Miguel Ángel Fernández Delgado.

VI. Publicaciones

Revista de Investigaciones Jurídicas, núm. 20
Por la Sociedad de Alumnos:
Pandecta, 2a. Época, No. 1, octubre de 1996
Pandecta, 2a. Época, No. 2, enero de 1997
Diálogos, febrero de 1997, No. 1
Anuario 1996-1997: 85º Aniversario, primavera de 1997.
Estudios jurídicos (en prensa)

VII. Biblioteca y hemeroteca

Sobresale la adquisición de folletería jurídica. Prosiguen las actividades normales de préstamo interno en horario corrido de lunes a viernes de las 8:00 a las 20:00 hrs., para profesores, alumnos y consultores externos.

VIII. Cooperaciones interinstitucionales

Don Miguel Ángel Hernández Romo, Rector de la ELD, fue designado miembro de número de *The American Law Institute* (18 de mayo de 1996).

Don Jaime del Arenal Fenochio, investigador y secretario académico de la ELD, desarrolló múltiples actividades interinstitucionales que abajo se especifican.

El investigador don Miguel Ángel Fernández Delgado laboró como investigador visitante de *Moreanum*, Centro Internacional de Estudios sobre Tomás Moro y su Universo, en la Universidad Católica del Oeste, Angers, Francia, durante la primera quincena de noviembre de 1996.

Del Arenal realizó, entre otras, las siguientes actividades:

a) *Colaboración en Libros*:

"Los órganos de administración de la justicia ordinaria en la ciudad de México durante el primer tercio del siglo XVIII", en *Homenaje al profesor Alfonso García Gallo*, Madrid, Universidad Complutense, 1996, tomo III, vol 2, pp. 25-50.

"Los autores: fuente para el conocimiento del derecho y de las instituciones canónicas de la Nueva España", en *Las fuentes eclesiásticas para la historia social de México*. México Universidad Autónoma Metropolitana-Instituto Mora, 1996, pp. 217-232.

"Historiador del Derecho: Una faceta poco conocida de Fernando Alejandro Vázquez Pando (1945-1995)", en *Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando*. México, Barra de Abogados-Editorial Themis, 1996, pp. 27-34.

b) *Artículos*

—en revistas:

"Ley y verdad histórica: el caso de Agustín de Iturbide". Revista de Investigaciones Jurídicas, Año 20, No. 20, 1996, pp. 9-63.

"Almanaque Insurgente". En cada uno de los seis tomos que integran la colección *La Antorcha Encendida*, publicados por Editorial Clío en 1996.

—periodístico:

"Agustín de Iturbide Consumador de la Independencia". *Rumbo Nuevo*, Año I, No. 2, septiembre 1996.

c) *Participación en programas de Radio*

"Independencia de México". Entrevista en el noticiario matutino Café Exprés, conducido por Adriana Pérez Cañedo, Canal 11, el 16 de septiembre de 1996.

"El Estatuto Provisional del Imperio Mexicano". Charla con la Dra. Patricia Galeana en el programa Páginas de la Historia, Radio UNAM, el 18 de abril de 1997.

d) *Actividades académicas*

Conferencias:

"La cultura popular en el México de hoy", dentro del XII Encuentro Nacional Juvenil sobre "Participación: la nueva cultura política", organizado por la Secretaría Nacional Juvenil del PAN, San Luis Potosí, S.L.P., 21 de septiembre de 1996.

"Los universitarios y los profesionistas frente al problema de México", Universidad Bonaterra y Centro Cultural Peñalta, Aguascalientes, Ags., 28 de septiembre de 1996.

"La importancia del Derecho Romano", Centro Panamericano de Humanidades, Monterrey, N.L., 18 de noviembre de 1996.

"Las relaciones Iglesia y Estado en México a partir de la reforma constitucional de 1992". En las cátedras de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bari, Italia, el 12 de marzo de 1997,

"Estado Federal, Derechos Nacionales y Derechos de los Indígenas en México". En la Facultad de Derecho de la Universidad de Foggia, Italia, el 12 de marzo de 1997.

"La complejidad del movimiento revolucionario: los hechos", Departamento de Diplomados, Universidad Panamericana, México D.F., 31 de marzo de 1997.

"La Constitución de 1917", Departamento de Diplomados, Universidad Panamericana, México, D.F., a 3 de abril de 1997.

"La Revolución Francesa y el Imperio Napoleónico"; Centro Panamericano de Humanidades, Monterrey, N.L., 7 de abril de 1997.

"El Estatuto Provisional del Imperio Mexicano", en el ciclo de conferencias México y sus constituciones, Archivo General de la Nación, México, D.F., 17 de abril de 1997.

"El Imperio Británico", Centro Panamericano de Humanidades, Monterrey, N.L., 30 de abril de 1997.

Seminario:

"Antecedentes de la Revolución Mexicana", en el seminario México: Crisis, historia y pensamiento, Centro Pana-

mericano de Humanidades, Monterrey, N.L., 29 de abril de 1997.

Curso impartido:

"Estado Federal, Derechos Nacionales y Derechos de los Indígenas en México", en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bari, Italia, entre los días 3 al 11 de marzo de 1997.

Cursos tomados:

Curso de Doctorado en Derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, España, durante los meses de enero y febrero de 1997.

Presentación de libros:

Presentación del libro de varios autores. *Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando*, México, D.F., Aula Panamericana de la Universidad Panamericana, 21 de noviembre de 1996.

Presentación del libro de Beatriz Urías Horcasitas. *Historia de una negación: La idea de igualdad en el pensamiento político mexicano del siglo XIX*, México, D.F., El Museo-Casa Diego Rivera, 6 de diciembre de 1996.

Otras actividades:

Estuvo investigando en el Archivo General de Navarra, en el Archivo Municipal de Pamplona y en la Real Academia de Historia de Madrid, durante los meses de enero y febrero de 1997.

IX. Sociedad de alumnos

Presidida por don Rubén Darío Gómez Arnaiz, auxiliado por un selecto grupo de coordinadores, ejecutó un intenso programa de actividades académicas, sociales, interinstitucionales, deportivas y de proyectos especiales, de las que en parte da cuenta el *Anuario 1996-1997: 85o. Aniversario*, ya mencionado. (VI).

El total de alumnos de los 11 grupos fue de 644.

Al discurso de bienvenida a los 217 alumnos de nuevo ingreso, generación 96/97, siguió, al día inmediato, la tradicional "perrada". Animada despedida dieron a los alumnos de la generación 91/96. En el banquete anual —Claustro del Museo José Luis Cuevas, Academia 16, 7 de mayo de 1997— Gómez Arnaiz rindió homenaje a don Pedro Barrera Ardura, Secretario General de la Escuela por 30 años, y el Sr. Rector don Miguel Ángel Hernández Romo pronunció un vibrante discurso. Participaron en los trabajos del Congreso Interuniversitario de Derecho —Auditorio Raoul Fournier, Facultad de Medicina, UNAM, 17/20 de marzo de 1997— al que asistieron también representaciones de la facultad de Derecho UNAM y de las universidades Anáhuac, Norte y Sur, Panamericana, Iberoamericana, y del ITAM.

Se hizo la presentación, en diversas fechas, del libro *De las obligaciones* de don José Luis de la Peza y del de *Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando*. Organizóse un homenaje al desaparecido don Javier Alba Muñoz, en el que hicieron uso de la palabra don Ismael Gómez Gordillo, vocal suplente de la Junta Directiva, el profesor don Ignacio Mendoza Aguilar y don José Arturo González Quintanilla, el 19 de febrero.

El viaje de la generación (92/97) fue a Ixtapa-Zihuatanejo en noviembre de 1997. Viajaron también a las Islas Marías (Seminario de Penal, 2o. año). Asistieron al Congreso de Derecho Internacional Privado, celebrado en Guadalajara. Organizaron torneos de dominó y futbol. Comité Ejecutivo, Coordinadores, Tribunal de Honor y Justicia y Órganos de Información y Difusión Cultural, de la Sociedad de Alumnos, pusieron todo su empeño para la realización de sus objetivos. Y la Sociedad estuvo siempre en contacto con la Asamblea de Representantes, que se forma con alumnos designados de cada grupo para vigilar el presupuesto y manejo financiero de la Sociedad. De su remanente de operación, ésta entregó a la Escuela en julio de 1997 un donativo de $ 30,000.00.

De otras actividades merecen destacarse también la campaña de credencialización, la elaboración de una Agenda de Alumnos (dirección y teléfono), la formación de Nuevos Estatu-

tos de la Sociedad de Alumnos y la publicación de dos números de *Pandecta* y de un nuevo periódico llamado *Diálogos*, ya mencionado. (VI).

X. SEMINARIOS

X.1. Seminario sobre *Reformas Penales*.

Se impartió los días 6, 7 y 8 de mayo a las 18:00 hrs., en el Auditorio de la Escuela.

Inauguración por el Lic. Lorenzo Thomas Torres
Procurador General de Justicia del D.F.
Mesa Redonda sobre el tema:
Garantías individuales en el proceso penal

Ponentes: Lic. José Elias Romero Apis
Sub-Procurador B de Justicia del D.F.
Dra. María Claudia Campuzano Caballero
Juez Cuadragésimo Noveno de lo Penal
del Fuero Común del D.F.
Lic. José Luis Izunza Espinosa
Catedrático de Derecho Penal
Martes 6

Mesa Redonda sobre el tema:
Delincuencia organizada

Ponentes: Dr. Samuel González Ruiz
Asesor del C. Procurador General de Justicia
de la República
Dr. Moisés Moreno Hernández
Catedrático de Derecho Penal
Miércoles 7

Mesa Redonda sobre el tema:
Reformas fiscales en materia penal

Ponentes: Lic. Ismael Gómez Gordillo
Procurador Fiscal de la Federación
Lic. Rodolfo Félix Cárdenas
Catedrático de Derecho Procesal Penal
Jueves 8

Cuota de recuperación $ 300.00.
Se dieron diplomas con valor curricular.

X.2 Seminario sobre *Auditoría Legal a las Empresas*.

Dirigido especialmente a los abogados de empresas, licenciados en administración de empresas y en relaciones industriales, contadores y empresarios en general.

Se impartió de 14 al 25 de julio de 1997, de 8:00 a 10:00 hrs., en la Escuela Libre de Derecho. Vértiz No. 12, Col. Doctores de esta ciudad.

Se otorgaron diplomas con valor curricular.

Inscripciones en la Escuela Libre de Derecho, del 1o. al 11 de julio, en días hábiles, de 9:00 a 18:00 hrs., cuota de recuperación $ 2,000.00

Constitución y Reformas a Sociedades y Contratos Mercantiles.
Lic. Javier F. Becerra Hernández
Lunes 14

Representación de las Sociedades.
Lic. Miguel Soberón Mainero
Martes 15

Crédito a las Empresas.
Lic. Humberto Herrera Curiel
Miércoles 16 y jueves 17

Ecología y Empresa.
Lic. Jorge Diep Rosas
Viernes 18

Competencia Económica
Lic. Bernardo Ledesma Uribe
Lunes 21

Propiedad Industrial e Intelectual
Lic. Martín Michaus Romero
Martes 22

Derecho Laboral
Lic. Luis Díaz Mirón
Miércoles 23

Miscelánea Fiscal
Lic. Gerardo Nieto Martínez
Jueves 24

Delitos Fiscales
Lic. Rodolfo Félix Cárdenas
Viernes 25

X.3 Seminario sobre *Temas Diversos de Actualidad Jurídica.*

Se impartió del 11 al 22 de agosto de 1997 en la Escuela Libre de Derecho.

Se otorgaron diplomas con valor curricular.

Inscripciones en la Secretaría de la Escuela Libre de Derecho, del 28 de julio al 8 de agosto, en días hábiles de 9:00 a 18:00 hrs. Cuota de recuperación $ 1,000.00

Inauguración por el Lic. Jorge Rodríguez y Rodríguez. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Las Udis
Lic. Francisco Borja Martínez
Lunes 11 (18:00 hrs.)

Representación y Personalidad
Lic. Cecilio González Márquez
Martes 12 (18:30 hrs.)

Constitucionalidad de la Transformación de las Sociedades Nacionales de Crédito en Anónimas
Lic. Ismael Gómez Gordillo
Miercóles 13 (18:30 hrs.)

El Juicio Ejecutivo Mercantil en la Antigua y en la Nueva Ley
Lic. Armando Ostos de la Garza
Jueves 14 (18:30 hrs.)

La Prueba Pericial
Lic. Carlos Loperena Ruiz
Viernes 15 (18:30 hrs.)

Vigencia y Aplicación de la Reforma Procesal de Mayo de 1996 en la Materia Mercantil
Lic. Darío Oscós Soria
Lunes 18 (18:30 hrs.)

El Artículo Primero Transitorio de la Reforma de Mayo de 1996
Lic. Carlos Sodi Serret
Martes 19 (18:30 hrs.)

Teoría de la Imprevisión
Lic. Emilio González de Castilla
Miércoles 20 (18:30 hrs.)

Interés y Usura
Lic. Antonio Cárdenas Arroyo
Jueves 21 (18:30 hrs.)

Delitos Financieros
Lic. Rafael Anzures Uribe
Viernes 22 (18:30 hrs.)

XI. LXXXV Aniversario

En los fastos de la Escuela quedan como acciones memorables de su LXXXV Aniversario, dentro del cumplimiento habitual de sus fines por parte de alumnos y maestros, algunos acontecimientos que ahora destacaremos, efectuados desde luego por la atención y diligencia de la Junta Directiva.

Se organizaron Seminarios, de los que ya se trató (X).

La ceremonia para conmemorar el fausto aniversario fue el miércoles 23 de julio en el Auditorio de la Escuela, por la mañana. Se vio realzada por la asistencia del señor Presidente de la República, doctor Ernesto Zedillo Ponce de León, y otros altos funcionarios. El programa se desarrolló, ante una selecta y nutrida concurrencia, con palabras del señor Rector, don Miguel Ángel Hernández Romo, que publica este número de la RIJELD; con la entrega de medallas, palmas y diplomas a profesores y funcionarios de la Escuela, que adelante se elencan (XIV), y con palabras del señor Presidente de la República.

El banquete de aniversario tuvo lugar el viernes 21 de julio en el Centro Libanés, muy concurrido por profesores, alumnos y exalumnos.

A la entrada del Auditorio, a mano derecha, hay una placa alusiva a un hecho que también conviene recordar: "El inmueble ubicado en Río de la Loza 39 fue entregado en donación por el Jefe del Departamento del Distrito Federal, como presidente del Consejo de Administración de SERVIMET, S. A. de C.V., para beneficio de las futuras generaciones de abogados de la Escuela Libre de Derecho. Ciudad de México, abril 23 de 1997. Servicios Metropolitanos."

XII. Alumnos recibidos y tesis presentadas en la licenciatura

Fueron 35 exámenes profesionales; 3 tesis laureadas; 7 menciones al examen y 4 menciones a la solución al caso práctico.

2576 Félix Antonio Magaña Gil

La acción en fraude de acreedores, medio de defensa controvertido, obsoleto y en desuso en el Derecho mexicano.
3 de septiembre de 1996

2577 Alma Rita Acosta Gochicoa
La naturaleza jurídica de las obligaciones propter rem.
5 de septiembre de 1996

2578 Elisa Evangelina Márquez Romero
Aspecto procesal del arrendamiento financiero.
6 septiembre 1996

2579 Bernardo González Angulo Belloc
Breves consideraciones en torno al impulso real que debe darse a la enseñanza de la Deontología en las escuelas de Derecho.
* *Mención al examen*
10 septiembre 1996

2580 Rafael Leonardo Peralta Martínez
Reflexiones acerca de la naturaleza jurídica de las unidades de inversión; propuesta de reformas legislativas complementarias al decreto de su creación.
* *Tesis laureada*
11 septiembre 1996

2581 Fernando Castelazo Ruiz de Chávez
La democracia dentro de los partidos políticos.
12 septiembre 1996

2582 Eduardo Villalpando Fuse
La eficiencia frente a la Justicia; una crítica al análisis económico del Derecho, en tanto corriente eficientista.
17 septiembre 1996

2583 Yeudiel Alcalá Canto
Estudio global de la maternidad subrogada.
18 septiembre 1996

2584 Laura Beatriz Vázquez Herrera
La función social del Notariado en el Distrito Federal.
19 septiembre 1996

2585 Stephan Harald Tribukait Vasconcelos
El régimen jurídico político de los "pueblos de indios" en Chiapas. Orígenes y evolución.
23 septiembre 1996

2586 María Guadalupe Herrera Villanueva
Naturaleza jurídica de la prestación de servicios de los agentes de seguros.
3 octubre 1996

2587 Óscar Servín González
Responsabilidad extracontractual a causa de ruina de edificios en el Distrito Federal.
4 octubre 1996

2588 Marcela Lara Fernández
Algunos aspectos en torno a los centros federales de readaptación social.
* *Mención al examen*
18 octubre 1996

2589 Jesús Acosta Pérez
Los derechos humanos y su protección jurídica.
24 octubre 1996

2590 César Augusto Mondragón Santoyo
Aspectos concursales de los contratos de futuro sobre moneda extranjera en México.
29 octubre 1996

2591 Héctor Mata Bravo
Régimen jurídico del futbolista profesional.
31 octubre 1996

2592 Alejandro Jaime Gómez Sánchez
La propiedad inmobiliaria por extranjeros en la zona prohibida.
* *Tesis laureada*
** *Mención al examen*
*** *Mención a la solución al caso práctico*
31 octubre 1996

2593 Sergio Ascary Castro Garibay
Propuestas de reformas sobre la estructura del Senado mexicano.
4 noviembre 1996

2594 Ramiro Rodolfo Rangel Sánchez
Crítica a las reformas a la Ley General de Sociedades Mercantiles de 11 de junio de 1992. Algunas propuestas legislativas y estatutarias sobre resoluciones adoptadas sin celebración de asamblea de accionistas ni de sesión de Consejo de Administración en la Sociedad Anónima.
5 noviembre 1996

2595 Luis Alejandro García Seimandi
El sistema arancelario mexicano.
5 noviembre 1996

2596 Carmina Cortés Rodríguez
Los conceptos de eficiencia económica y abuso de posición dominante, en la evaluación de las prácticas monopólicas absolutas.
7 de noviembre de 1996

2597 Javier de la Peña Infanzón
La importancia de la suspensión del acto reclamado en el amparo indirecto, propuesta para mejorar su regulación.
8 noviembre 1996

2598 Ulises Raymundo Pin Fernández
La modernización del derecho societario en México.
* *Mención a la solución al caso práctico*
27 noviembre 1996

2599 Mariano Antonio Moreno Canepa
Configuración imprescindible e impostergable del Derecho de la información en el ordenamiento jurídico mexicano.
5 diciembre 1996

2600 José Hernández Estrada
El abuso del Derecho. Naturaleza jurídica y criterio de regulación.
* *Mención al examen*
6 diciembre 1996

2601 Gerardo Aparicio Razo
Aplicación de la teoría de la imprevisión en el Código Civil para el Distrito Federal.
9 diciembre 1996

2602 Liliana León Chimalpopoca
Consideraciones acerca de la contradicción de tesis del Poder Judicial Federal.
* *Tesis laureada*
11 diciembre 1996

2603 Arturo Bautista Fernández Llarena
La concesión del servicio público de transporte aéreo nacional regular.
* *Mención al examen*
** *Mención a la solución al caso práctico*
17 enero 1997

2604 Francisco Xavier Borrego Hinojosa Linaje
Régimen jurídico de las telecomunicaciones en México.
* *Mención al examen*
23 enero 1997

2605 Carlos Eduardo Sánchez Mejorada y Barona
El problema agrario en México.
24 enero 1997

2606 Josefina Moreno García
El derecho moral del autor en la obra por encargo.
24 enero 1997

2607 Maité Jiménez Nylander
Algunas consideraciones sobre la legislación aduanera.
30 enero 1997

2608 Rodrigo Zamora Echarren
La implementación del juicio ordinario posterior como forma de oposición cambiaria.
* *Mención por el examen*
** *Mención a la solución al caso práctico*
31 enero 1997

2609 Jesús Antonio Zavala Villavicencio
Regulación del procedimiento de ejecución en el fideicomiso de garantía.
7 febrero 1997

2610 Guillermo Uribe Lara
La necesidad de un sistema de avisos preventivos en materia mercantil.
13 febrero 1997

XIII. ALUMNOS PREMIADOS EN LA LICENCIATURA

Primer Año "A"

Segundo Premio

Mitzy Viviana Nogueda Ramos
Gustavo Antonio Robles Cuevas

Primer Año "B"

Primer Premio

Ana Guadalupe Correa Torres

Segundo Premio

Peter Bauer Mengelberg López
Teresita del Niño Jesús Lucía Segovia
Valeria María Vázquez Maulen

Primer Año "C"

Primer Premio

Luis Asali Harfuch
Mauricio Castrejón Aguado
Ana Josefa de Icaza de Velasco
Gemi José González López
Miriam Grunstein Dickter
Paulina Morfín Cedeño
Sandra Marcela Pérez Garber

Segundo Premio

Gloria Andrea Martínez Castillo
Alina Ramos Sánchez
Juan Pablo Visoso Lomelín

Segundo Año "A"

Primer Premio

Silvia Estela de Ita Sigüenza

Segundo Premio

Manuel Gerardo Mac Farland González
Gabriela Solís de Ibarrola

Segundo Año "B"

Primer Premio

Maurice Berkam Baksht
Paola Wohler Merino

Segundo Premio

Carlos Alberto Chávez Alanís
Rodrigo Orenday Serratos
Ana Tatiana Ortega Robles
Alberto Javier Sánchez Rojas

Tercer Año "A"

Segundo Premio

Alberto Estrella Quintero

Tercer Año "B"

Segundo Premio

Moisés Abdul Smeke Rosellón

Quinto Año "B"

Primer Premio

Ernesto Enríquez Castillo

Segundo Premio

Beatriz González Sandoval
Carlos Mochón Sacal
Carlos Francisco Obregón Rojo

* Ma. Concepción Georgina Fabián San Miguel obtuvo el premio que otorga la ELD a la mejor tesis laureada presentada en el ciclo escolar 1995/1996: *La adopción considerada desde el punto de vista interno e internacional en el Derecho Positivo Mexicano*. (Diploma y $10,000.00).

* Del ciclo 1996/1997, el concurso se declaró desierto.

XIV. Profesores y funcionarios de la Escuela que recibieron condecoraciones el 23 de julio de 1977

Medalla de Plata (por 10 años o más)

Lic. Horacio Aguilar Álvarez
Lic. Miguel Alessio Robles Landa
Lic. Rafael Anzures Uribe
Lic. Juan Manuel Asprón Pelayo
Lic. José Antonio Becerril González
Lic. Francisco Borja Martínez
Lic. Luis Norberto Cacho Pérez
Lic. Carmen Carmona Lara
Lic. Fernando Cataño Muro Sandoval
Lic. Roberto Colín Piana
Lic. Fernando de la Peza Berrios
Lic. Martín Díaz y Díaz
Lic. Federico Jorge Gaxiola Moraila

Lic. José Luis Izunza Espinoza
Lic. Bernardo Ledesma Uribe
Lic. Pascual Orozco Garibay
Lic. René Trigo Rizo
Lic. Raymundo Vázquez Castellanos
Lic. Benjamín Vidargas Rojas
Lic. José Manuel Villalpando César
Lic. Luis Zuno Chavira

Palma de Plata (por 15 años o más)

Lic. Mario Becerra Pocoroba
Lic. Antonio Cárdenas Arroyo
Lic. Jaime del Arenal Fenochio
Lic. Fernando Franco González Salas
Lic. Emilio González de Castilla
Lic. Cecilio González Márquez
Lic. José Gómez Mont
Lic. Eduardo Ibarrola Nicolín
Lic. Carlos Loperena Ruiz
Lic. Adriana López González
Lic. Diego Martín del Campo
Lic. Rafael Mateos Poumián
Lic. Ignacio Mendoza Aguilar
Lic. Julián Olivas Ugalde
Lic. Loretta Ortiz Ahlf
Lic. Narciso Pérez Lara
Lic. Jorge Pineda Villarreal
Lic. Jorge Pulido Vázquez
Lic. Jorge Ríos Hellig
Lic. Manuel Ruiz Daza
Lic. Josette Serrato de García
Lic. Miguel Soberón Mainero
Lic. Carlos Sodi Serret

Medalla de Oro (por 20 años o más)

Lic. Víctor Álvarez de la Torre
Lic. Víctor Manuel del Río y Sáinz
Lic. Julio Pedro Garduño Arroyo
Lic. Ismael Gómez Gordillo
Lic. Felipe Gómez Mont
Lic. Carlos Muggenburg Rodríguez Vigil
Lic. Raúl Name Neme
Lic. José Higinio Núñez y Bandera
Lic. Armando Ostos Luzuriaga
Lic. Luis Pazos de la Torre
Lic. Rodrigo Sánchez Mejorada
Lic. Laura Trigueros Gaisman
Lic. Emiliano Zubiría Maqueo

Primera Palma de Oro (por 25 años o más)

Lic. Fauzi Hamdan Amad
Lic. Jorge Hernández Romo
Lic. Luis Ruiz Quiroz
Lic. Francisco José Simón Conejos

Segunda Palma de Oro (por 30 años o más)

Lic. Pedro Barrera Ardura
Lic. José Candano y García de la Mata
Lic. Francisco de Icaza Dufour
Lic. Miguel Ángel Hernández Romo
Lic. Mauricio Oropeza y Segura
Lic. Ignacio Soto Borja
Lic. Fausto Rico Álvarez

Tercera Palma de Oro (por 35 años o más)

Lic. Enrico Pinchetti Ortega

CUARTA PALMA DE ORO (POR 40 AÑOS O MÁS)

Lic. Manuel Lizardi Albarrán

QUINTA PALMA DE ORO (POR 45 AÑOS O MÁS)

Lic. Jose Luis de la Peza
Lic. Ramón Sánchez Medal
Lic. Carlos Sánchez Mejorada

XV. POSGRADO

Director, don Alejandro Ogarrio Ramírez España. Consejo Académico: don Miguel Ángel Hernández Romo, don Jaime del Arenal Fenochio, don Martín Díaz y Díaz y don Diego Martín del Campo y Souza. Secretario, doña Luz María Ortiz Marín.

Requisitos de ingreso: título de licenciatura en Derecho o abogado; promedio mínimo de 8.5 en los estudios de licenciatura; conocimiento del idioma inglés, mínimo a nivel de comprensión de textos; carta de motivos por los que se desea ingresar al curso; presentación de tesis de licenciatura; pago de $ 7,500.00 en una sola emsión.

Horario y duración de los Cursos: Lunes a Viernes, de las 8:00 a las 10:00 Hrs.

A partir del 2 de septiembre de 1996 y hasta el mes de junio de 1997.

Cupo Limitado a 30 Participantes

Informes e inscripciones: en la Escuela Libre de Derecho, ubicada en la calle de Dr. Vértiz No. 12, esq. con Arcos de Belén, Col. Doctores, México, D. F., Tel. 7090064 de las 7:30 a las 14:00 hrs.

Se desarrollaron los siguientes cursos y programas

1. Obligaciones y contratos

2. Régimen jurídico de los negocios internacionales en México
3. Derecho mercantil
4. Derecho penal
5. Derecho tributario

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES EN MÉXICO

Contenido	*Claustro de profesores*
Sistemas jurídicos contemporáneos	Lic. José María Abascal Zamora
Principios de contratación	Lic. Mario Becerra Pocoroba
Derecho Nacional y Derecho Mercantil Internacional	Lic. Francisco Borja Martínez
La inversión extranjera en México, el derecho mercantil internacional actual	Lic. Julio Cristiani Lic. José Luis de la Peza Lic. Martín Díaz y Díaz
Régimen fiscal aplicable a los residentes en el extranjero y convenios internacionales en materia fiscal	Lic. Manual García Barragán Lic. Miguel Ángel Hernández Romo
El contrato de compraventa internacional de mercaderías y los contratos de distribución internacional y de construcción internacional	Lic. Luis Cervantes Muñiz Lic. Thomas Heather R. Lic. Gabriel Larrea Lic. Carlos Loperena Lic. Diego Martín del Campo
Medios de pago y garantías internacionales	Lic. Eduardo Martínez
Propiedad Industrial	Lic. Carlos Muggenburg
Transferencia de tecnología, asistencia técnica, licencias de uso de patentes y marcas y el contrato de franquicia	Lic. Alejandro Ogarrio Ramírez E.
Propiedad Intelectual	Lic. Ruperto Patiño Manfer Lic. Leonel Pereznieto Castro

Arbitraje comercial internacional	Lic. José Luis Siqueiros
Acuerdo internacionales en materia de comercio exterior y la internacionalización del Derecho	Lic. Mariano Soni
Aspectos laborales en negocios internacionales	Lic. Jaime del Arenal Fenochio
	Lic. Guillermo Villarreal T.

DERECHO MERCANTIL

Contenido	*Claustro de profesores*
Contratos mercantiles	Lic. Javier Arce Gargollo
Contratos mercantiles atípicos	Lic. Daniel Basurto
Contabilidad para abogados	
La sociedad anónima	
Mercado de valores y su legislación	Lic. Francisco Borja Martínez
	Lic. Francisco Carrillo
Sistema internacional de cotizaciones	
Automatización de procedimientos	Lic. Jaime Cortés
	Lic. Gabriel Castañeda Gallardo
Nuevos participantes en el mercado de valores	
a) Asesor de inversiones	
b) Valuador de activos	
c) Empresas calificadoras de valores	Lic. Enrique González Calvillo
	Lic. Cecilio González Márquez
La experiencia de Impulsora del Fondo México en Mercado nacional e Internacional	
Aspectos operativos	Lic. Juan Manual González Olguín
Nuevos instrumentos	Lic. Miguel Ángel Hernández Romo
a) Opciones	
b) Ventas en Corto	
c) Arbitraje Internacional de Valores	
d) Coberturas Cambiarias	

Contratos de caución bursátil y actividad fiduciaria	Lic. Gerardo Lozano Alarcón
Información privilegiada	Lic. Diego Martín del Campo
Secreto bancario	
Sociedades información crediticia	Lic. Luis Manuel Mejan
Filiales financieras del extranjero	Lic. Carlos Muggenburg Rodríguez
Bursatilización de activos financieros en México	
Ley Monetaria y Ley Orgánica del Banco de México Títulos de Crédito	Lic. Alejandro Ogarrio Ramírez E.
Ley de instituciones de crédito	
Organizaciones y actividades auxiliares de crédito	Lic. Emilio Ramírez Gámiz
Transferecia electrónica de fondos	
Ley de competencia económica	
Obligaciones de las empresas en materia ambiental	Lic. Humberto Ruiz Quiroz
	Lic. Raúl Ybarra
La ética del abogado en Derecho Mercantil	

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Contenido	*Claustro de profesores*
Concepto de obligación y de contrato	Lic. Miguel Alessio Robles Landa
Negocio jurídico. Concepto y diferencia con la teoría dualista clásica francesa del acto y hecho jurídico	Lic. Javier Arce Gargollo

La dualidad derechos reales y personales. Diferencias doctrinales y efectos prácticos. Análisis de la Jurisprudencia de la corte	Lic. Alejandro Avila Díaz Lic. Mario Becerra Pocoroba Lic. Francisco Borja Martínez
Fuentes de las obligaciones. Los hechos ilícitos	Lic. Héctor Catayud Izquierdo Lic. Carlos de Pablo Serna
Fuentes de las obligaciones. Declaración unilateral de valores. Estipulación en favor de tercero	Lic. José Manuel Gallástegui Armella
La sentencia como fuente de las obligaciones	Lic. Javier Garfias Stches Lic. Ismael Gómez Gordillo
La formación y elementos esenciales del contrato. Medios electrónicos	
El contrato a la luz del derecho internacional. Celebración del contrato interno y su comparación con el contrato de compraventa internacional de mercaderías	Lic. Emilio González de Castilla Lic. Cecilio González Márquez
Ineficacias del acto jurídico	
Clasificación legal y doctrinal de los contratos	Lic. Fauzi Hamdan Amad Lic. Thomas Heather
Temas de actualización obligacional	Lic. Miguel Ángel Hernández Romo
El contenido obligacional. Reglas especiales de contratos	
Obligaciones dinerarias. Nominalismo y valorismo (UDIS)	Lic. Ildefonso Ledesma Uribe Lic. Tomás Lozano Molina
Derechos preferenciales. Concepto, clasificación y efectos. Problemas prácticos. Análisis de la jurisprudencia de la Corte	

Riesgos de la cosa (derecho interno y compraventa internacional de mercaderías)	Lic. Diego Martín del Campo y Souza Lic. Luis Manuel Mejan
La acción pauliana	
Extinción de las obligaciones. Compensación, novación y dación en pago	
Pluralidad de sujetos y objetos en la relación jurídica	
La oportunidad de las relaciones jurídicas	
El registro público de la propiedad y de comercio. Principios; reglas de prelación; el tercero de buena fe registral	
Responsabilidad	
Responsabilidad profesional de abogados y médicos	
Incumplimiento del contrato (derecho interno y compraventa internacional de mercaderías)	Lic. Armando Ostos Garza Lic. Bernardo Pérez Ferrández del Castillo
Responsabilidad por publicidad comparativa	
Responsabilidad del producto	
Cláusula penal	
Responsabilidad del estado	
Contratos especiales	
Regímenes matrimoniales	
Teoría general de los contratos atípicos	Lic. Fausto Rico Álvarez
Contrato de suministro	
Contrato de franquicia	
Asociaciones religiosas	

Instituciones de asistencia privada	Lic. Humberto Ruiz Quiroz Lic. Ramón Sánchez Medal
Contrato de arrendamiento. Problemas prácticos sustantivos y de procedimiento civil. El decreto de congelación de rentas	
Garantías, derecho interno y derecho internacional	
Evolución y modernas técnicas de garantía	Lic. Eduardo Siqueiros Lic. Miguel Soberón Mainero
Prenda civil. Problemas constitucionales de la ejecución extrajudicial	
La prenda mexicana y su adecuación a la práctica internacional (TLC). Problemas constitucionales de ejecución extrajudicial	Lic. Carlos Sodi Serret Lic. Miguel Ángel Zamora y V.
Hipoteca. Mandato irrevocable, obligaciones de no hacer	
Fideicomiso de garantía. Problemas constitucionales de la ejecución extrajudicial	
Fianza	
Representación	
Poder, mandato y representación. La legitimación	Lic. Mario Alberto Zavala Díaz
Mandato sin representación	Lic. Emiliano Zubiría Maqueo

DERECHO TRIBUTARIO

Contenido	*Claustro de profesores*
AMBITO TEÓRICO Y CONSTITUCIONAL	Lic. Mario Alberto Becerra Pocoroba
Deontología Tributaria	Lic. Jorge Covarrubias Bravo
Potestad Tributaria	
Principios Teóricos de los Impuestos	
Política Tributaria	Lic. Fanny Angelita Eurán Graham
Garantías individuales en materia tributaria	Lic. Luis Miguel Granados García
Amparo en materia fiscal	
CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACION	
Principios Generales	Lic. Miguel Angel Hernández Romo
Derechos y obligaciones de los contribuyentes	
Facultades de comprobación	
Auditorías internacionales	Lic. Juan Manuel Jiménez Illescas
Infracciones	
Delitos	
Medios de defensa	Lic. Luis Carlos Moreno Durazo
IMPUESTOS SOBRE LA RENTA	
Sujeto, objeto y elementos vinculativos	
Régimen aplicable a la persona moral residente en México	
Régimen aplicable a la persona física residente en México	Lic. Gabriel Ortiz Gómez
Personas morales no contribuyentes	

CONVENIOS INTERNACIONALES	
Régimen aplicable a los residentes en el extranjero	Lic. Luis Manuel Pérez de Acha
Establecimiento permanente y base fija	Lic. Cuauhtémoc Reséndiz Núñez
Convenios para evitar la doble imposición internacional	Lic Eduardo Revilla Martínez
Intercambio de información	
Precios de transferencia	
COMERCIO EXTERIOR Y TRATADO DE LIBRE COMERCIO	
Regímenes aduaneros	Lic. Raúl Rodríguez Lobato
Base gravable	
Facultades de comprobación de la autoridad aduanera	Lic. Emilio Romano Mussali
Infracciones especiales	
Reglas de origen	
Procedimietos aduanales	Lic. Jorge Sainz Alarcón
Restricciones y regulaciones no arancelarias	
Cuotas compensatorias	Lic. Manuel Tron Pérez
IMPUESTOS INDIRECTOS	
Impuesto al valor agregado	Lic. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
Impuesto especial sobre producción y servicios	
IMPUESTOS LOCALES	
Impuesto predial	
Impuesto sobre adquisición de inmuebles	
Inpuesto sobre nóminas	Lic. Alberto Zinser Cieslik

DERECHO PENAL

Contenido	*Claustro de profesores*
Teoría general del delito	Lic. Guillermo Arroyo de Anda
El delito del fuero común	Lic. Juventino V. Castro y Castro
El delito federal	Lic. José Manuel Casaopriego
El delito contra la libertad	Lic. Marcos Castillejos Castillo
El delito contra la salud	
Procedimiento penal federal	
procedimiento penal del fuero común	
Responsabilidad profesional	Lic. José de Jesús Cortés Osorio
Segunda instancia local federal	Lic. Juan Pablo de Tavira Noriega
Justicia de menores	Lic. Rodolfo Félix Cárdenas
Amparo penal	Lic. Felipe Gómez Mont U.
Responsabilidad penal de servidores públicos	Lic. José Manuel Gómez Mont
Delitos patrimoniales	Lic. Fernando Gómez Mont U.
El delito de robo	L.ic. Raúl González Salas Campos
El delito de fraude	Lic. Miguel Ángel Hernández Romo
Derecho concursal penal	Lic. Roberto Hernández
Derecho Penal Bancario y Bursátil	Lic. José Luis Izunza E.
Derecho Fiscal Penal	Lic. Eduardo Luengo Creel
Delitos Contra la Creatividad	Lic. Rafael Mateos Poumián
Derecho Penal Internacional	Lic. Miguel Martínez Torres
Penologia y Derecho Penitenciario	Lic. Ignacio Mendoza Aguilar
	Lic. Gloria P. Moctezuma L.

Criminología y ciencia penitenciaría	Lic. Ignacio Morales Lechuga
Criminalística y disciplinas afines	Dr. Moisés Moreno Hernández
Psicología y psicopatía delincuencial	Lic. César Augusto Osorio Nieto
Deontología y ética del abogado	Dra. Ana Lucía Padrón García
	Lic. Alfonso Pasapera Mora
	Lic. Narciso Pérez Lara
	Lic. Mario Sánchez Cuiriel
	Lic. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
	Lic. Alberto Zinser Cieslik

TALLER DE TRADUCCIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS
Inglés-Español/Español-Inglés

Año Lectivo 1996-1997

Dirigido a abogados, estudiantes de Derecho, traductores, intérpretes y demás profesionistas que deseen elevar sus conocimientos sobre problemas y alternativas de solución de traducción inglés-español/español-inglés de textos jurídicos, tomando como base los sistemas legales de México y de los Estados Unidos.

Quince sesiones de cuatro horas cada una, de las 9:00 a las 13:00 hrs., con treinta minutos de descanso cada sábado a partir del 6 de septiembre de 1997.

Ejercicios, análisis y discusión de contratos, documentos y disposiciones legales en materia mercantil. Es indispensable un conocimiento general avanzado de ambos idiomas.

Instructor: Lic. Javier F. Becerra

Cuota de Inscripción: $ 3,600.00

ALUMNOS GRADUADOS

Héctor Reyes Salinas
Consecuencias económicas y tributarias de la no aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación.
18 de noviembre de 1996

Ricardo Vargas Navarro
El contrato consigo mismo en el caso del mandato.
25 de noviembre de 1996

Marco Manuel Reyes Bolado
Análisis de la constitucionalidad de los laudos dictados en conciencia, previstos en los acuerdos de arbitraje, de con-

formidad con el Código de Comercio y el de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
11 de marzo de 1997

Madeleine Boyer
El marco legal aplicable a los sitios contamidados por residuos peligrosos: una propuesta legislativa para México.
16 de abril de 1997

Jorge Nader Kuri
Derecho unilateral a incumplir los contratos bilaterales.
4 de junio de 1997

DISCURSO DEL SEÑOR RECTOR DON MIGUEL ÁNGEL HERNÁNDEZ ROMO, PRONUNCIADO EN EL LXXXV ANIVERSARIO DE LA ESCUELA, EL DÍA 23 DE JULIO DE 1997.

Doctor Don Ernesto Zedillo Ponce de León,
Presidente de los Estados Unidos Mexicanos,
Señoras y señores:

El día de hoy celebramos 85 años de la fundación de la Escuela Libre de Derecho.

Nuestra celebración adquiere especial relevancia, por la presencia del señor Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, quien siempre ha mostrado un vivo entusiasmo por apoyar y fomentar las causas más nobles, como la educación de la juventud mexicana. Prueba de ello es la reciente donación que nos hizo del inmueble adyacente, ubicado en las calles de Doctor Río de la Loza; y prueba de ello también, es su presencia en este sagrado recinto de la enseñanza de la justicia y del Derecho.

La Escuela Libre de Derecho nace en el año de 1912; en medio de un ambiente social muy similar al que vivimos: en el mismo año de 1912 la flamígera figura del Presidente Madero abre las puertas a la democracia del país. En nuestros días, el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, doctor Ernesto Zedillo Ponce de León, inspirado por el bien común, con hechos, marca nuevos derroteros en la vida de una sociedad plural, hacia la democracia, sin violencia, en un clima de orden y paz social, sin vencedores ni vencidos y cuyo único beneficiario es el pueblo mexicano, que aplaude unánime las atinadas medidas de la política moderna en el país.

El Presidente Madero, refiriéndose a nuestra Escuela decía: "La iniciativa privada para impulsar el progreso en cualquiera de sus ramos, pero muy principalmente en lo que se relaciona con el adelantamiento intelectual, debe acogerse siempre con aplauso y es merecedora de toda consideración."

Todos conocemos el origen de nuestra Escuela: "Después de largos años de represión política, el país se entregaba todo entero a la euforia de la libertad. Un grupo de alumnos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia tomó del festín general su porción de libertad y fundó una nueva Escuela de Derecho". Nuestra Escuela nace como las grandes universidades; como la de Cambridge procede de una escisión de la de Oxford; como la de Padua nace de una recesión escolar de la de Bolonia. Una nueva escuela en que "las únicas victorias que contaron se obtuvieron en las tranquilas lides académicas; una nueva escuela, libre, independiente, dedicada, con exclusión de todo otro objeto, a la enseñanza del Derecho". Como la catedral de Chartres, joya arquitectónica hecha de luz y filigranas de mármol y cantera, en la cual no se registra en ninguna parte el nombre del constructor, así también en nuestra escuela, su autor es desconocido, pero el mérito corresponde por igual a todos los alumnos fundadores, porque todos la reconocieron como viable y todos la adoptaron como suya. Con una madurez de espíritu ejemplar, los jóvenes se dan cuenta de que no basta para el éxito de su empresa, el entusiasmo, el brío, el arrojo; y que se requiere la ayuda de los que más saben por sus años y experiencia y con certera visión acuden a los juristas más conspicuos del foro mexicano, quienes acallan sus dudas y deciden patrocinarlos: en el firmamento de la epopeya brillan los nombres de Agustín Rodríguez, Emilio Rabasa, Miguel Macedo, Demetrio Sodi, y sobre todo de Luis Méndez, considerado como el primer abogado de la época. Los fulgores de sus enseñanzas jurídicas resplandecen aún en nuestros días.

La esencia de la institución está plasmada en su nombre: Escuela-Libertad-Derecho.

"Somos una libre asociación de amigos, una pequeña agrupación caracterizada por la amistad y el compañerismo y unidad por la única causa que existe en nuestra institución, la del mejor cumplimiento de sus fines." Como escuela, se proyecta en la respetuosa convivencia de alumnos y profesores. Los alumnos son jóvenes alegres, responsables, ávidos de abrevarse en esta perenne fuente para aprender los criterios de una solución justa y aplicarlos a los problemas del mundo moderno. Jóvenes que investidos de fortaleza domeñan las bajas pasiones del ser humano para poder conquistar la empinada cumbre que constituye la excelencia académica y con su diaria conducta encarnar el lema: "El orden y la disciplina de la Escuela quedan confiados al honor de los alumnos."

El claustro de profesores está integrado por juristas que "conocen los caminos y sugieren derroteros, suscitan ideas sin coerción que las imponga, adoctrinan con matiz paternal en el tono de confidencia del diálogo socrático, vigilan la eclosión del germen, ayudan a su crecimiento natural y enriquecen su desarrollo con el injerto de la enseñanza". Maestros que sin recibir estipendio alguno, enseñan por vocación, por gratitud a su Alma Mater y por amor a la patria que requiere una juventud esculpida con los instrumentos de la sabiduría y de la virtud.

La ciencia del Derecho que enseñamos a nuestra juventud no se ciñe a una mera técnica jurídica o estructura lógico-jurídica de la norma. Además del aspecto técnico del derecho, concientizamos a nuestros alumnos de que el Derecho es esencialmente humanista porque la norma jurídica regula la conducta humana para hacer posible la convivencia ordenada y pacífica en nuestra sociedad, en la práctica de la justicia, en un clima de seguridad jurídica para la conquista del bien común, sin los cuales no puede desarrollarse la persona humana en sociedad, que constituye el centro del orden jurídico y del estado. Porque el verdadero jurista debe tener la mente llena de conocimientos, pero también el corazón lleno de bondad, para volcar sus conocimientos en beneficio de la sociedad.

El Derecho no es una ciencia acartonada para retóricos y apologistas, peritos en silogismos vacuos; el Derecho es una realidad, viva, palpitante, cuyo ejercicio enaltece a los que la profesamos, como caballeros andantes de la justicia.

El Derecho es la expresión de lo justo; y lo justo es lo que cuadra, lo que se ajusta a la naturaleza del hombre, que por

eso no se sacude al viento del capricho, ni al oro del mejor postor.

La síntesis del Derecho está plasmada en la trilogía: Vivir honestamente; No causar daño a nadie; Dar a cada uno lo que le corresponde.

Cabe señalar, ante la presencia del señor Secretario de Educación Pública que hoy nos honra con su presencia, que "La Escuela Libre de Derecho es una modesta colaboradora en la obra de la educación nacional."

La libertad está en la esencia de la institución. Libertad en la investigación, libertad en la cátedra, sin más límite que la verdad. Quien fuera Secretario de Educación Pública expresaba: "La pasión nacional de México es la pasión de la independencia y la vocación más profunda de todos los mexicanos ha sido y será sin tregua, la vocación de la libertad". "En nuestra Escuela Libre están abiertas las puertas a todas las doctrinas, a todas las ideas, con la sola excepción de aquellas que nieguen su fin, que es la enseñanza, el objeto de ésta, que es el Derecho, o su ambiente, que es la libertad", porque "la libertad es sólo otro nombre para la humanidad y por eso tiene más que un porvenir, posee eternidad."

Los frutos que nuestra Escuela ha ofrecido a nuestra patria están a la vista de todos; más de 2600 abogados, diseminados por todos los rincones del territorio nacional; su labor se ha desempeñado tanto en el sector público como en la iniciativa privada; uno de ellos ocupó la primera magistratura de nuestra patria; varios de ellos han sido designados secretarios o subsecretarios de estado; procuradores de justicia, administradores de justicia; otros han sido elegidos para formar parte del Congreso de la Unión. El foro mexicano ha reconocido su sapiencia y honestidad; la judicatura su prudencia y rectitud, el notariado su fidelidad; la cátedra universitaria sus conocimientos. Otros han destacado como escritores, historiadores, sociólogos, literatos, porque todos ellos han quedado imbuidos en el humanismo de la filosofía griega y el Derecho Romano, que al decir de Toynbee proporcionan una flexibilidad muy especial al espíritu para arrostrar y resolver los siempre cambiantes problemas de la sociedad en que vivimos. Podría citar muchos nombres

de exalumnos de diversas épocas, pero el tiempo es valioso. A guisa de ejemplo cabe evocar a Don Manuel Herrera y Lasso, a Don Gustavo R. Velasco, a Don José Gómez Gordoa y mencionar a José Luis de la Peza y a José Antonio González Fernández, aquí presentes.

Señor Presidente de los Estados Unidos Mexicanos: A usted que se ha preocupado por las proyecciones de la educación hacia el año 2000 que ya se avecina, agradecemos su comprensión, aliento y apoyo de nuestros esfuerzos para continuar sirviendo a nuestra patria, en la preparación de abogados competentes y honestos, cuya meta será la lucha contra el enemigo común: la corrupción, la arbitrariedad, la inseguridad social, todas ellas con un común denominador: la injusticia. Porque la injusticia sólo se combate con el Derecho, cuya esencia es la justicia, animada por el amor a nuestra patria.

DISCURSO DEL PROFESOR DON JAIME DEL ARENAL FENOCHIO, PRONUNCIADO EN LA APERTURA DEL CURSO ESCOLAR 1997-1998, EL DÍA 25 DE AGOSTO

Señor Rector de la Escuela Libre de Derecho,
licenciado Miguel Ángel Hernández Romo,
Señores miembros de la Junta Directiva,
Profesores y alumnos de nuestra Escuela,
Amigos todos:

La Escuela Libre de Derecho ha cumplido 85 años de vida. El acontecimiento pareciera no tener nada de extraordinario; comprobaría una vez más el indefectible paso del tiempo sobre los hombres y sus instituciones. Sin embargo, en nuestro caso, haber llegado al octagésimo quinto aniversario supone, para quien conoce nuestra historia, no sólo un motivo de particular beneplácito sino de admiración. La Libre de Derecho de hoy es el resultado de una vida en ocasiones plácida pero en otras difícil. Nuestros fundadores, incluso, llegaron a cuestionar la viabilidad del proyecto estudiantil lanzado por un grupo de jóvenes viriles y confiados. La Escuela, se dijo, tal vez duraría lo que una temporada de lluvias; la del verano de 1912.

Hoy, han transcurrido 85 veranos y otras tantas temporadas de lluvia y la escuela sobrevive y crece: amplía sus terrenos, desborda su biblioteca, establece sus estudios de posgrado y se abre a la tecnología cibernética. A primera vista parece que durante los tres lustros que la separan de su primer centenario vivirá tranquila, confiada y segura. La Libre cumplirá cien años rodeada de todo su prestigio y con gran vitalidad, y esperamos, así sea, dentro de una nación plenamente democrática.

Sin embargo, no faltan en el horizonte señales que nos inquietan: común es oír entre algunos profesores críticas —algunas fundadas, otras definitivamente no, pero todas nacidas de su amor y preocupación por el futuro de nuestra escuela— sobre algunos aspectos que parecieran indicar que la Libre de Derecho comienza a quedarse a la zaga en el desenvolvimiento de la enseñanza del Derecho en nuestro país. Estoy convencido que muchas de estas críticas son resultado del proceso natural de comparación que ahora se puede dar respecto de otras instituciones de enseñanza jurídica: si en 1912 y durante cuatro décadas más sólo existieron dos escuelas de Derecho en la capital del país, hoy, un conteo preliminar arroja casi 42 escuelas, únicamente en el valle de México. Obviamente, ya no es posible pensar que el proyecto educativo planteado aquel año fundacional por nuestra Escuela sea el único ni el más convincente para miles de jóvenes que pretenden formarse como juristas. Otras alternativas e idearios encuentran lugar en otras tantas instituciones y esto está bien: nos habla de la pluralidad de ideas, propósitos y métodos que definen a una auténtica educación democrática. Sean por esto siempre bienvenidos otros planteamientos y cualesquiera propuestas en pro de la formación óptima de jurisconsultos mexicanos.

Por lo que a ella respecta, la Escuela Libre de Derecho ha decidido durante 85 años permanecer fiel a sus ideales y a su misión; con los mismos niveles de exigencia y de rigor que hoy tanto escandalizan a pedagogos de escritorio, a planificadores educativos, y a mercaderes de la enseñanza.

Yo diría que el éxito de nuestra escuela se basa en los siguientes *triunfos*, acordes todos con un ideario jamás traicionado.

—En efecto, la Libre marca el triunfo de la *educación auténticamente privada* en nuestro país; y al decir privada me refiero a que la Libre no reconoce ni acepta ningún tipo de vinculación o dependencia —más que la estrictamente administrativa y la que pudiera darse por motivos de gratitud— con el gobierno, sea éste federal o local. Frente a las tradicionales exigencias de un Estado rector y paternalista y ante una sociedad civil débil, esto resulta de por sí un hecho excepcional.

—Señala, asimismo, el triunfo de la *escuela laica*; ajena a toda iglesia y contraria a la difusión proselitista de cualquier creencia religiosa dentro de sus aulas, pero tolerante con todas.

—Demuestra el triunfo del *saber y la ciencia* sobre los intereses políticos. Nuestros alumnos vienen a formarse aquí como juristas independientes y libres.

Será de sus respectivas libertades personales dedicar otra parte de su tiempo a la vida política.

—Marca el triunfo de una educación entendida *no como negocio* y sin fines lucrativos. Sus cuotas son las más bajas que se cobran en el país por una institución privada de enseñanza superior de alto nivel, y sus maestros no reciben estipendio alguno por la función docente que desempeñan.

—Por último, la Escuela Libre de Derecho, manifiesta el triunfo de una enseñanza sustentada en los principios de *autorresponsabilidad* y *autoexigencia* del alumno. Aquí nadie fuerza a nadie a estudiar ni a guardar la disciplina indispensable para conseguir un ambiente propicio para el aprendizaje y para la reflexión. Ello depende del honor y del compromiso de cada alumno.

Estas cinco características hacen de la Libre —como todos sabemos— una institución muy original, sumamente peculiar y asombro de cuantos la conocen, nacionales o extranjeros. De aquí el origen de muchas de las críticas contra ella, nacidas unas de la ignorancia; otras de la incomprensión y, aún más, por desgracia, de la envidia.

Es necesario repetirlo una y otra vez; si la Libre quiere continuar viviendo con independencia debe ser leal a estos principios, que ninguna necesidad económica, ambición personal o de grupo pueden poner en peligro: Sana y respetuosa distancia frente al Estado y sus representantes; neutralidad y tolerancia ante las creencias religiosas de sus integrantes —maestros y alumnos—; rigor en la enseñanza y alto nivel de exigencia académica, responsabilidad del alumno y autonomía económica. Esta última, sin embargo, no supone transformar a la Libre en una escuela sólo para grupos económicamente favorecidos ni que esté dispuesta a abandonar el cobro de cuotas tradicional-

mente moderadas. Cualquier propósito de crecer a costa de este principio significará precisamente caer en lo que varias escuelas de Derecho privadas de este país han caído: sujetar el nivel de aprobación o reprobación de sus alumnos a imperativos presupuestales, llegando al extremo de fijar porcentajes de reprobados para no poner en riesgo la existencia económica de la institución. En ellas, la educación se transforma en negocio, y éste se salva, aunque la academia perezca.

Si nuestra Escuela sabe continuar siendo leal a estos principios a mí en lo personal no me preocupa que nazcan y proliferen otras escuelas de Derecho que oferten mejores instalaciones y novedosos, modernos y actualizados planes de estudio; muchos de ellos enfocados a atraer "clientes" en un proceso de competencia feroz que incluso hace uso de sofisticadas técnicas de la mercadotecnia, la publicidad y la mentira. La Libre no concibe a sus alumnos ni como clientes ni como consumidores; ni tiene por qué entrar a una competencia comercial donde lo que se disputa es el futuro alumno, simplemente porque no es negocio de nadie ni está al servicio de los intereses económicos de grupo alguno. Su propia *autoridad*, conseguida con el esfuerzo de más de ochenta generaciones de egresados, avala un prestigio que atrae a las nuevas generaciones de estudiantes cada año.

Si algún día la sociedad mexicana no sabe apreciar y comprender la grandeza de estos principios no por ello la Libre deberá transformarse. Vale más que cierre sus puertas: le quedaría cuando menos la satisfacción de haber cumplido lealmente con su misión por más de ocho décadas.

Pero más allá de esas preocupaciones por "ofertar" planes más actualizados o espacios físicos gratos y estéticos, a mí me preocupan otros asuntos de los cuales considero depende verdaderamente el futuro de nuestra Escuela. De ellos quiero hablar.

El primero ha sido varias veces señalado en momentos iguales a éste. Me refiero a la obligación que tenemos todos los profesores —sobre todo los más jóvenes— de difundir *las tradiciones* y *la historia* de la Escuela a los nuevos alumnos. No se nos olvide nunca que somos una comunidad integrada

por muertos y por vivos, y hoy por hoy, que nos van abandonando los maestros que abrevaron en los principios y en las esperanzas de sus maestros —los fundadores—, y que nos convertimos en los nuevos eslabones de una larga cadena de generaciones, somos responsables de enseñar a los nuevos alumnos qué es la Escuela, cuál ha sido su historia, cuáles sus principios y el nombre de quienes la fundaron, ayudaron a consolidarla y culminaron el esfuerzo de tantos juristas decididos a dar la batalla por el imperio del Derecho y de la libertad en este país. No podemos caer en la irresponsabilidad y en la ingratitud de olvidar nuestros orígenes ni a nuestros padres. Nos corresponde, por el contrario, enriquecer su legado y su ejemplo. Nuestra gratitud se debe demostrar con la sencilla tarea de conducir un mensaje que ni es nuevo ni lo inventamos nosotros.

A uno de estos eslabones —que nos abandonó este año y fue maestro de Historia General del Derecho por más de 35 años— en 1959 le correspondió pronunciar el discurso de bienvenida a los nuevos alumnos. Entonces, Íñigo Laviada afirmó:

"En la Escuela tenemos una responsabilidad contraída con nuestros brillantes antecesores y con nuestros desconocidos sucesores. Debemos conservar la tradición de trabajo, orden y de moralidad que nos legaron los antiguos profesores... Las generaciones pasadas y futuras formarán el tribunal que juzgará nuestra actuación"

Hasta aquí las palabras de quien fuera mi maestro. No se nos deben, no se nos pueden olvidar.

Pero debemos preguntarnos ahora: ¿somos acaso mejores profesores y juristas que nuestros maestros?, ¿estamos haciendo lo necesario para que nuestros alumnos nos superen, llegado su momento de sustituirnos en el foro o en la cátedra, tanto por su cultura, por su compromiso social y por su capacidad para resolver técnica y *éticamente* conflictos de justicia?

Un segundo problema se nos plantea. Ante una de las peores etapas por las que ha pasado el Derecho en México; frente a uno de los más bajos niveles alcanzados por la ciencia jurídica mexicana ¿podrá la Libre encabezar en los años siguientes un movimiento en pro de la renovación de la enseñanza del Derecho como lo hizo en 1912?; ¿tendrá la capacidad y la auto-

crítica suficientes para dejar a un lado una enseñanza anquilosada, fundada en la más desagradable exégesis y en la simple interpretación de códigos y de leyes?; ¿le será posible conducir a sus alumnos al conocimiento de las más avanzadas concepciones del Derecho sin tener que renunciar a lo valioso de las tradicionales?; ¿sabrá enseñarles a sacar todo el fruto a los riquísimos fondos de su biblioteca?; ¿podrá, en fin, liderear un proceso en favor de la elevación de la ciencia jurídica en México y entrar a examinar con profundidad y responsabilidad problemas tales como el de la indispensable e impostergable independencia judicial, el renacimiento y las posibilidades de la tópica jurídica, el examen de las diversas fuentes del Derecho, las limitaciones del positivismo legalista; el uso alternativo del Derecho, la visión prudencial del mismo; la extinción del monopolio jurídico por parte del Estado; el papel del Derecho en los procesos de integración comercial internacional; el final de la utopía ilustrada sobre el derecho penal y sobre el criminal; la dignidad del ser humano; la crisis del concepto de soberanía; el ascenso del iusnaturalismo histórico; la renovada relación entre ética y derecho (sobre todo en el espinoso y preocupante tema de la manipulación del genoma humano); la autonomía del jurista frente a la ley; la configuración de un orden jurídico verdaderamente democrático y por ende plural; las nuevas relaciones entre sociedad política y sociedad civil; o el reconocimiento y estudio de derechos tradicionales desconocidos desde que el Estado pretendió monopolizar la creación del Derecho? ¿Podremos hacer esto? ¿O seguiremos insistiendo en que la renovación de nuestra plan de estudios consiste sólo en incorporar la enseñanza de nuevas disciplinas jurídicas con el correspondiente examen de las leyes, los decretos y los reglamentos relativos, sin preocuparnos mayormente por enseñar a nuestros alumnos a resolver ante todo *conflictos humanos*? ¿No hemos sepultado al hombre y su sed de justicia con miles de decretos, textos legales, conceptos, definiciones y características?; ¿no hemos acaso hipotecado nuestra autonomía y nos hemos convertido en siervos del legislador?; ¿podremos en el futuro plantear y definir una auténtica *enseñanza humanista* del Derecho?; ¿tendremos la capacidad para sensibilizar y responsabilizar a nuestros estudiantes ante el terrible drama de la desigualdad social y económica que padecemos los mexicanos? O, por el contrario, ¿sólo habremos de ver, con equivocada satisfacción, egresar de nuestras aulas a abogados soberbios sin la mínima responsabilidad social, cada vez más especializados en una determinada disciplina jurídica pero carentes de aquella humildad y de aquellos conocimientos, cualidades y valores que por siempre han definido la profesión del auténtico jurista?; ¿sabremos, en fin, equilibrar las exigencias actuales de la especialización con el indispensable bagaje de cultura, humildad y humanismo?

Por último, una preocupación mayor nos implica a todos. ¿En 85 años hemos hecho de México un país más justo?, ¿somos ahora una sociedad más justa que la de 1912?; ¿qué ha hecho la Libre para lograrla? ¿Acaso se puede negar que el reclamo de justicia ha venido de la selva y no por voz de los juristas?; ¿no hemos sido desplazados del diálogo por la justicia en este país?; ¿no son otros profesionistas los que se presentan más preocupados, conocedores y capaces para definir un orden más justo?; ¿hemos hecho todo lo posible por sensibilizar a nuestros estudiantes ante el terrible drama de la injusticia en México?

Si no podemos responder satisfactoriamente a estas preguntas debemos sentirnos avergonzados. Como profesionales del Derecho y de la justicia habremos fracasado. ¡Qué fácil caímos en las trampas del poder y de la ley!; ¡con qué facilidad olvidamos la tragedia jurídica de nuestro siglo XX: que al confundir al Derecho con la ley aquél se vuelve un mero instrumento del poder y no de la justicia!

Hoy, que ya ni siquiera entendemos a la ley como resultado de la razón sino de la voluntad, y lo que es peor, de una voluntad éticamente irresponsable, yo pregunto ¿Dónde quedó nuestra preocupación por esa justicia real, concreta, inmediata que exige la vida y dignidad de cada hombre y que no se deduce de un simple silogismo lógico, ni de la lectura y aplicación de una norma abstracta e impersonal?

Precisamente porque la respuesta no es clara quiero terminar trayendo a cuenta no las palabras de un jurista —hoy en-

mudecido— sino las de un poeta transformadas en canción. Queridos alumnos y colegas profesores, durante el transcurrir de sus estudios, de su trabajo profesional, y del ejercicio de nuestra misión docente *"Sólo le pido a Dios que la injusticia no nos sea indiferente"*.

Muchas gracias.

DISCURSO PRONUNCIADO POR LA PRESIDENTA DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS, LISETTE CAULLIERES ELIZARRARÁS, EN LA APERTURA DEL CURSO 1997-1998, EL 2 DE AGOSTO.

En un estado verdaderamente libre, el pensamiento y la palabra deben ser libres

Tiberio

Muy respetado maestro don Miguel Ángel Hernández Romo,
Rector de la Escuela Libre de Derecho.
Honorables miembros de la Junta Directiva,
Muy respetado y querido don Pedro Barrera Ardura,
Estimables maestros,
Señores alumnos,
Amigos todos:

El 24 de julio de 1912, reunidos en la casa marcada con el número 129 de la quinta calle de Donceles, un puñado de estudiantes de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, que meses antes había iniciado una lucha contra la mediocridad del medio universitario, vieron consolidado con el apoyo de los nombres encumbrados del foro nacional, un sueño revolucionario de libertad que estaba sustentado en ideales de disciplina, pasión, responsabilidad y seriedad.

Ese día, al inaugurarse el primer curso de nuestra Escuela, don Luis Méndez, quien fuera el primero de nuestros rectores, expresó: "Dios, autor de las buenas leyes e inspirador de la buenas obras, haga que esta institución viva y prospere".

Esta escuela se fundó hace 85 años con la lucha y decisión de un puñado de inconformes, que en contra de un poder injusto y haciendo a un lado la pasiva comodidad, decidieron enfrentar con trabajo y dedicación su presente, para tomar un futuro del que hoy somos usufructuarios.

En esta ocasión privilegiada para nosotros, alumnos de esta escuela, hacemos nuestras las palabras que pronunciara don Ismael Gómez Gordillo, ilustre maestro de nuestra "alma mater", hace algunos años en este mismo recinto:

> La lucha que nos corresponde no es menos difícil que la de los fundadores.
>
> Entonces se pugnaba por la libertad en medio de la imposición. Hoy debemos pugnar por la juridicidad del sistema ante los embates de la violencia.
>
> La vida nos demuestra que hay victorias permanentes, que la experiencia exitosa de lo que ayer funcionó, no es garantía para el presente, menos aún para el futuro, y que si queremos mantener nuestros valores y virtudes, es necesario dar interminables batallas cotidianas.

Hace 85 años la Escuela Libre de Derecho surgió como una alternativa, y fue creciendo cuando las instituciones de enseñanza de Derecho se contaban en esta ciudad con la mitad de los dedos de una mano.

Hoy son varias las opciones. En este medio nos hemos creído los mejores. Acaso en ocasiones lo hemos justificado.

Por ello debemos hacer el esfuerzo por definir lo que somos y lo que queremos seguir siendo.

Debemos desdeñar la modernidad cuando no tenga más mérito que ser moderna, con la misma fuerza que rechacemos las tradiciones que no ofrezcan más que ser tradicionales.

Con serenidad y respeto podremos adoptar todas las posiciones y todas las actitudes, salvo la indiferencia.

En este esfuerzo, no debemos marginar a nadie que quiera participar, por enemistades personales. Aprovechemos las experiencias de quienes integran nuestra Escuela y, las de todos los que en otros lugares han obtenido resultados válidos.

A ustedes compañeros de nuevo ingreso, sólo me resta decirles: ¡Sean bienvenidos a este nuevo ciclo escolar que hoy iniciamos con gran entusiasmo! Con la frente en alto y con los mejores deseos para todos.

Mas no se trata sólo de deseos como buenas intenciones, se trata de recordar y no perder de vista la actitud justa que cada uno de nosotros debemos a nuestro país.

Por ello, lejos de sostener posturas soberbias y de vanagloriarnos, debemos unirnos a un esfuerzo de capacidad para enfrentar los retos que nos presentan los avances de la globalización y la tecnología, permaneciendo siempre abiertos a nuevas corrientes de pensamiento, a los cambios estructurales de la sociedad en que vivimos, una sociedad cercana al siglo XXI.

"No hagamos caso de quienes con miedo y sin fundamento rechazan el cambio, pero tampoco a quienes con precipitación pretendan, sin razones, cambiarlo todo".

Los invitamos —especialmente a ustedes que inician su preparación profesional—, para que juntos al igual que ayer usufructuemos el patrimonio de libertad y de honor de la Escuela Libre de Derecho.

No escapen nunca a la responsabilidad de los lemas. Los lemas, como los blasones, guardan un ideal, un compromiso y una tradición. El de la Escuela fue a nosotros conferido. Es el fuego sagrado que se transmite de generación en generación.

Sé que la llama arderá inextinguiblemente.

Sé que la llama arderá por siempre. Mientras la antorcha esté en nuestras manos.

Muchas gracias.

ÍNDICES A LA REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
1987 / 1996

Miguel Ángel Fernández Delgado

SUMARIO: I. *Índice por autores*. II. *Índice por disciplinas*: II.1. *Filosofía, Introducción y Teoría general del Derecho*. II.2. *Historia del Derecho y del pensamiento jurídico*. II.3. *Derecho romano*. II.4. *Derecho internacional público y política internacional*. II.5. *Derecho internacional privado*. II.6. *Derecho comparado y Derecho extranjero*. II.7. *Ciencia Política*. II.8. *Derecho constitucional*. II.9. *Derecho administrativo*. II.10. *Derecho fiscal*. II.11. *Derecho económico*. II.12. *Derecho penal y ciencias penales*. II.13. *Derecho civil*. II.14. *Derecho notarial*. II.15. *Derecho mercantil*. II.16. *Derecho del trabajo*. II.17. *Derecho bancario*. II.18. *Derecho procesal civil*. *II.19. Derecho procesal penal*. II.20. *Derecho procesal administrativo*. *II.21. Economía y Sociología*. III. *Índice de secciones monográficas*. IV. *Índice misceláneo*. IV.1. *Enseñanza e investigación del Derecho*. IV.2. *Humanismo y Derecho*. IV.3. *Alegatos*. IV.4. *Semblanzas*. IV.5. *Discursos*. IV.6. *Presentaciones*. IV.7. *Noticias*. IV.8. *Escuela Libre de Derecho*. V. *Índice analítico*.

I. ÍNDICE POR AUTORES

ADAME GODDARD, Jorge,
El poseedor que vendió bienes de la herencia, núm. 11, 1987, pp. 11-22.
Sobre los caminos públicos: comentario al título 1, 14 de las Sentencias de Paulo, núm. 12, 1988, pp. 9-17.
La Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, núm. 13, 1989, pp. 499-676 Isaac Guzmán Valdivia, nota necrológica, núm. 13, 1989, pp. 677-678.
Reglas de interpretación sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, núm. 14, 1990, pp. 9-31.

El derecho romano como jurisprudencia, núm. 15, 1991, pp. 9-24.
Relaciones entre el Tratado de Libre Comercio y la legislación mexicana, núm. 16, 1992, pp. 9-33.
Agustín Rodríguez, como abogado postulante, núm. 17. 1993, pp. 9-32.
Metafísica para juristas, núm. 18, 1994, pp. 9-32.

AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Horacio,
El control de las leyes en el nuevo marco constitucional y legal, núm. 13, 1989, pp. 9-47.
Breves reflexiones en torno a las reformas constitucionales de los artículos 3o., 5o., 24, 27 y 130, núm. 16, 1992, pp. 577-598.

ALCÁNTARA SORIA, Juan Miguel,
El principio de causalidad y el derecho, núm. 11, 1987, pp. 23-42.

ALESSIO ROBLES, Miguel,
Derechos preferenciales en derecho mexicano, núm. 11, 1987, pp. 43-81.
Notas para la regulación de la tenencia de la tierra en el Distrito Federal, núm. 13, 1989, pp. 49-83.
Dualidad: derechos reales y personales, núm. 14, 1990, pp. 33-63.

ALTAMIRANO, Álvaro J.,
Discurso pronunciado por el Presidente de la Sociedad de Alumnos, en la apertura del Curso 1989/1990, el 4 de septiembre de 1989, núm. 13, 1989, pp. 727-729.

ÁLVAREZ DE MORALES, Antonio,
La influencia de la Escuela Suiza del Derecho Natural en la formación de la doctrina sobre los Derechos del Hombre en España, núm. 16, 1992, pp. 35-48.
Seguridad jurídica y derecho del Estado en la codificación civil española, núm. 18, 1994, pp. 33-43.

AMEZCUA HASSEY, Ramón,
Discurso pronunciado el 29 de agosto de 1994 en la apertura del Curso Escolar 1994/1995 por el Presidente de la Sociedad de Alumnos, Señor..., núm. 18, 1994, pp. 497-498.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier,
Derechos fundamentales y propiedad: un modelo histórico, núm. 15, 1991, pp. 25-49.

ARCE GARGOLLO, Eduardo,
La nueva codificación del derecho canónico, núm. 11, 1987, pp. 83-95.

ARCE GARGOLLO, Javier,
Las servidumbres, núm. 11, 1987, pp. 97-111.
Contratos mercantiles asociativos, núm. 19, 1995, pp. 9-27.

ARELLANO GARCÍA, Carlos,
La fórmula Otero y amparo contra leyes, núm. 11, 1987, pp. 113-129.
Normas mínimas en la ética de la abogacía, núm. 12, 1988, pp. 551-555.

ARRIGUNAGA, Javier,
Algunas consideraciones en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, núm. 15, 1991, pp. 51-71.

AVANTE JUÁREZ, Rafael,
Discurso pronunciado por el Señor..., Presidente de la Sociedad de Alumnos, en la Inauguración del Ciclo Escolar 1991/1992, el 2 de septiembre de 1991, núm. 15, 1991, pp. 615-617,

BARRERA CRISTIANI, María Fernanda,
Presunción de paternidad y tutela judicial efectiva, núm. 20, 1996, pp. 675-751.

BARROSO MONTERO, Susana,
La protección de las obras mexicanas en los Estados Unidad de América, núm. 14. 1990, pp. 65-74.

BECERRA POCOROBA, Mario,
Discurso pronunciado el 30 de agosto de 1993 en la apertura del Curso Escolar 1993/1994 por don..., núm. 17, 1993, pp. 547-550.

BERCAW, C. Christopher,
El TLC, ¿un tratado de libre inversión?, núm. 18, 1994, pp. 373-425.

BEUCHOT, Mauricio.

Sobre el derecho a la vida, el aborto y el proceso inicial de la vida humana: reflexiones filosóficas, núm. 15, 1991, pp. 349-356.

BONIFAZ MOLINA, Carlos Alfredo,
Comentarios al decreto de Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro y su proyecto de reglamento, núm. 20, 1996, pp. 797-813.

BONILLA LÓPEZ, Miguel,
Un anarquista teoriza sobre el amparo judicial: Antonio Díaz Soto y Gama en 1906, núm. 18, 1994, pp. 77-105.

BORBOLLA RIVERO, Juan de la,
Régimen jurídico de la profesión periodística, núm. 12, 1988, pp. 453-469.

BRAVO FORTOUL, Mauricio,
La unidades de inversión y sus aspectos fiscales, núm. 19, 1995, pp. 29-47.

BRAVO LIRA, Bernardino,
El Estado Constitucional en Hispanoamérica 1920-1990: Entre el deterioro y la transformación, núm. 15, 1991, pp. 73-85.

BRITO MONCADA, Javier Ramón,
La inmunidad jurisdiccional de los estados, núm. 12, 1988, pp. 49-64.

BUNSTER, Álvaro,
En torno de la imputabilidad penal, núm. 11, 1987, pp. 131-149.

CACHO PÉREZ, Luis Norberto,
Biobibliografía de Miguel S. Macedo, núm. 11, 1987, pp. 151-163.

CAMACHO Y DE CIRIA, Manuel,
El llamado "nuevo orden mundial de la información y la comunicación", núm. 12, 1988, pp. 471-488.

CASCAJO CASTRO, José Luis,
Partidos políticos y Constitución: Notas sobre el control de los partidos, núm. 16, 1992, pp. 49-76.

CASTELLANOS LÓPEZ, José de Jesús,
Evolución jurídica del derecho a la información en México, núm. 12, 1988, pp. 489-497.

CASTRO, Juventino V.,
La alta competencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de amparo, núm. 11, 1987, pp. 165-170.
Todavía más sobre la "fórmula Otero", núm. 12, 1988, pp. 65-77.
La procuración de justicia, núm. 13, 1989, pp. 85-95.
El amparo de la libertad frente al "habeas corpus", núm. 15, 1991, pp. 87-99.
Responsabilidades de los servidores públicos, núm. 19, 1995, pp. 383-405.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel,
Notas sobre los límites de los reglamentos del poder ejecutivo federal en el derecho mexicano, núm. 20, 1996, pp. 65-83.

CÁRDENAS ARROYO, Antonio,
Discurso pronunciado en la ceremonia de apertura del curso escolar 1996-1997, por el Sr. Lic..., en la Escuela Libre de Derecho, el día 26 de agosto de 1996, núm. 20, 1996, pp. 877-883.

CATALANO, Pierangelo
Identidad jurídica de América Latina: Derecho Romano y Sistema Latinoamericano, núm. 15, 1991, pp. 101-116.

COLÍN PIANA, Roberto,
Legislación laboral, ¿año 2000?, núm. 16, 1992, pp. 599-612.

CONSEJO EDITORIAL,
Presentación [a la Revista de Investigaciones Jurídicas], núm. 11, 1987, p. 9.
Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, núm. 14, 1990, pp. 685-690.
Miguel Villoro Toranzo (S.I.), núm. 14, 1990, p. 691.

CORTÉS ROCHA, Jaime. *Ver* GAXIOLA MORAILA, F. Jorge

CORTIÑAS-PELÁEZ, León,
Evaluación de la administración pública federal mexicana: su evolución a partir del México independiente hasta 1976, núm. 13, 1989, pp. 97-156.
Cavilaciones 1992 sobre derecho de las finanzas y de la administración pública, núm. 16, 1992, pp. 77-142.

DALEHITE BALLARD, Esteban G.,
Discurso pronunciado por el alumno Sr..., Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la Ceremonia de Inauguración del Ciclo Escolar 1987/1988, el día 3 de septiembre de 1987, núm. 11, 1987, pp. 859-860.
DÁVALOS ENRÍQUEZ, Héctor,
Reflexiones sobre el derecho a la información en América Latina, núm. 12, 1988, pp. 499-509.
DÁVALOS MORALES, José,
Palabras pronunciadas por el Señor Doctor..., el lunes 9 de septiembre de 1991, durante la Ceremonia de Inauguración de Los Cursos de Posgrado de la Escuela Libre de Derecho, núm. 15, 1991, pp. 635-636.
DE ICAZA DUFOUR, Francisco,
Discurso pronunciado el 4 de septiembre de 1989 en la Ceremonia de Apertura del Curso Escolar 1989/1990 por el Sr. Lic..., núm. 13, 1989, pp. 723-726.
De la libertad y capacidad del indígena, núm. 17, 1993, pp. 33-44.
De los abogados y su celestial patronazgo, núm. 19, 1995, pp. 503-541.
DE LA GARZA, Martín Antonio. *Ver* EBKE, Werner F.
DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio,
Derecho y Justicia en los profetas de Israel del siglo VIII, núm. 11, 1987, pp. 171-188. Puntos fundamentales para el uso alternativo del derecho, núm. 12, 1988, pp. 295-301. Esbozo de algunas teorías marxistas del derecho, núm. 13, 1989, pp. 157-195.
El uso de la bula *Inter Cetera* por Bartolomé de las Casas, núm. 14, 1990, pp. 75-109.
Derechos de los pueblos indios: desde la Nueva España hasta la modernidad, núm. 15, 1991, pp. 117-144.
La relación Estado/Iglesia en la historia jurídica de México, núm. 16, 1992, pp. 481-505.
Uso alternativo de los derechos subjetivos: Derechos humanos como derecho insurgente, núm. 17, 1993, pp. 45-57.

Puntos para el diálogo. La insurrección del EZLN y la juridicidad, núm. 18, 1994, pp. 259-274.
La influencia de las juntas apostólicas novohispanas en el derecho protector de los indios, núm. 19, 1995, pp. 547-574.
La concepción de los derechos humanos en Alonso de la Veracruz, núm. 20, 1996, pp. 555-601.
DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
La fundación de la Escuela Libre de Derecho. Documentos, núm. 11, 1987, pp. 555-805.
Pablo Macedo: orden y abogacía en un "científico", núm. 12, 1988, pp. 19-47.
Jacinto Pallares: su bibliografía, núm. 13, 1989, pp. 199-226.
Los fundamentos de una sociedad injusta, núm. 14, 1990, pp. 111-127.
Derecho de juristas: un tema ignorado por la historiografía jurídica mexicana, núm. 15, 1991, pp. 145-166.
Un ignorado jurista michoacano: Antonio Florentino Mercado, núm. 16, 1992, pp. 143-174.
La renovación de la Historia General del Derecho en la Escuela Libre de Derecho: su sentido romanista, núm. 17, 1993, pp. 59-70.
Una nueva lectura del Plan de Iguala, núm. 18, 1994, pp. 45-75.
Discurso pronunciado por el Sr. Lic. don..., en la Ceremonia de develación del cuadro del Maestro Manuel Herrera y Lasso el día 16 de marzo de 1994, núm. 18, 1994, pp. 487-491.
Los años del estudiante Felipe Tena Ramírez en la Escuela Libre de Derecho, núm. 19, 1995, pp. 343-382.
Ley y verdad histórica: el caso de Agustín de Iturbide, núm. 20, 1996, pp. 9-63.
In Memoriam. Edmundo O'Gorman (1906-1995), núm. 20, 1996, pp. 843-844.
DESANTES-GUANTER, José Ma.,
El derecho a la información en el contexto de los derechos humanos, núm. 12, 1988, pp. 511-549.

DÍAZ, Luis Miguel,
Promoción internacional de la inversión extranjera: el MIGA, núm. 14, 1990, pp. 475-52.
---------- y GARZA, Antonio,
Los mecanismos para la solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, núm. 17, 1993, pp. 71-94.
DÍAZ Y DÍAZ, Martín,
Proceso constitucional y relaciones de propiedad: Notas para el análisis del caso mexicano, núm. 11, 1987, pp. 189-251.
La expropiación forzosa en el pensamiento jurídico de García de Enterría: contexto, apogeo y desencanto, núm. 12, 1988, pp. 79-115.
Rabasa y Molina Enríquez: un diálogo autoritario en el origen de la Constitución, núm. 13, 1989, pp. 227-287.
El litigio del Tlahualilo: presagio de un derecho de propiedad sin arrogancia, núm. 14, 1990, pp. 129-19
¿Es oportuna una teoría sobre el *dominio público* en México?, núm. 15, 1991, pp. 167-222.
Tres contextos nacionales para la expropiación forzosa: Argentina, España y México, núm. 16, 1992, pp. 175-250.
Émile Durkheim: el derecho como moral especializada, núm. 17, 1993, pp. 95-138.
La teoría pura del derecho como sociología involuntaria, núm. 18, 1994, pp. 107-161.
Weber y Ross: dos aproximaciones a la realidad del derecho, núm. 19, 1995, pp. 49-118.
Hart y Raz: el derecho como fenómeno institucional, núm. 20, 1996, pp. 85-154.
DIEGO FERNÁNDEZ, Rafael,
Toribio Esquivel Obregón: Tiempo, vida y obra, núm. 11, 1987, pp. 253-284.
La Constitución y la tiranía: un proyecto constitucional razonado de José Diego Fernández Torres, núm. 17, 1993, pp. 139-197.
DURIEUX, Jean-François,

Creación de un derecho del refugiado: las experiencias recientes de México y Belice, núm. 15, 1991, pp. 357-392.
EBKE, Werner F. y DE LA GARZA, Martín Antonio,
Por un sistema uniforme de responsabilidad del auditoría en la administración de justicia europea, núm. 18, 1994, pp. 349-372.
ESTRADA CHÁVEZ, Oscar Alberto,
Discurso pronunciado en la Ceremonia de Apertura del Curso 1988/1989 por el Sr..., Presidente de la Sociedad de Alumnos, el 5 de septiembre de 1988, núm. 12, 1988, pp. 599-600.
ESTRADA SÁMANO, José Antonio,
Inconstitucionalidad de leyes en la reforma judicial, núm. 19, 1995, pp. 407-434.
ESTRADA SÁMANO, Rafael,
Control preventivo de la constitucionalidad: ¿un consejo constitucional?, núm. 14, 1990, pp. 195-203.
Las relaciones Iglesia-Estado: aspectos jurídico-filosóficos, núm. 15, 1991, pp. 223-244.
Nota necrológica: Don Rafael Preciado Hernández, núm. 15, 1991, pp. 563-568.
Vida, obra y legado de Felipe Tena Ramírez, núm. 19, 1995, pp. 435-453.
---------- y PÉREZ SÁNCHEZ, Rubén F.,
La acción de inconstitucionalidad 1/95 en contra de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, núm. 20, 1996, pp. 155-208.
FERNÁNDEZ DELGADO, Miguel Ángel,
Breve análisis de los subtipos societarios de las empresas del grupo Petróleos Mexicanos Internacional, núm. 18, 1994, pp. 461-472.
Influencia de la *Utopía* de Tomás Moro en el pensamiento colonizador español, 1532-1647, núm. 19, 1995, pp. 455-501. El impacto de la tecnología informática en la práctica y enseñanza de la profesión jurídica, núm. 20, 1996, pp. 209-276.
FERNÁNDEZ VALENZUELA, Benjamín,

Al Señor Ministro Jubilado Don Felipe Tena Ramírez, núm. 19, 1995, p. 277.

GARCÍA DE ACEVEDO CHÁVEZ, Juan,
Discurso pronunciado por el Presidente de la Sociedad de Alumnos, en la apertura del Curso 1992/1993, el 31 de agosto de 1992, núm. 16, 1992, pp. 659-662.

GARCIADIEGO, Javier,
Los orígenes de la Escuela Libre de Derecho, núm. 17, 1993, pp. 199-220.

GARCÍA MORENO, Víctor Carlos,
Breve análisis de la Ley Simpson-Rodino, núm. 12, 1988, pp. 117-132.

GARZA, Antonio. *Ver* DÍAZ, Luis Miguel

GAXIOLA MORAILA, F. Jorge y CORTÉS ROCHA, Jaime
Comentarios al decreto que crea las unidades de inversión (UDIS), núm. 19, 1995, pp. 119-147.

GÓMEZ ARNÁIZ, Rubén Darío,
Discurso pronunciado por el presidente de la Sociedad de Alumnos, en la apertura del curso 1996-1997, el 26 de agostode 1996, pp. 865-889.

GÓMEZ CUEVAS, Efraín,
Moratoria: sus bases jurídicas se encuentran en el plan Brady, núm. 13, 1989, pp. 683-690.

GÓMEZ GORDILLO Y RUELAS, Ismael,
Discurso pronunciado en la Ceremonia de Apertura del Curso Escolar 1995/1996 por el Sr. Lic..., en la Escuela Libre de Derecho el día 28 de agosto de 1995, núm. 19, 1995, pp. 647-653.

GÓMEZ GORDOA, José,
Algunos aspectos de nuestras nuevas disposiciones legales en materia bancaria, núm. 11, 1987, pp. 305-317.
La institución jurídica del seguro en México, núm. 12, 1988, 133-140.
El derecho mercantil moderno, núm. 15, 1991, pp. 623-634.

GÓMEZ VEGA, Bernardo. *Ver* RANGEL ORTÍZ, Horacio.

GONZÁLEZ, Eusebio,

La moderna rehabilitación de ciertas formas de imposición indirecta: especial referencia a los problemas que suele plantear la introducción del I.V.A., núm. 15, 1991, pp. 245-273.

GONZÁLEZ, Isidro y SAÍD, Alberto,
Cuatro abogados centroamericanos en el México decimonónico, núm. 20, 1996, pp. 335-369.

GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VALLE, Emilio,
El contrato: su motivo o fin y la frustración de dicho motivo o fin, núm. 15, 1991, pp. 569-581.

GONZÁLEZ GUAJARDO, Pablo R.,
Discurso pronunciado por el Señor..., Presidente de la Sociedad de Alumnos, en la Inauguración del Ciclo Escolar 1990/1991, el 3 de septiembre de 1990, núm. 14, 1990, pp. 681-683.

GONZÁLEZ MÁRQUEZ, Cecilio,
Homenaje al maestro Francisco García Jimeno, núm. 11, 1987, pp. 811-812.

GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan,
Notas en torno a la historia de la legislación sobre bancos en México, núm. 12, 1988, pp. 141-175.

GONZÁLEZ LUNA, Mauro,
En memoria de don Isaac Guzmán Valdivia, núm. 13, 1989, pp. 679-682.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel,
La Constitución de 1857, núm. 13, 1989, pp. 289-325.
Las reformas de Estado y la permanencia de la Iglesia, núm. 16, 1992, pp. 507-515.

GONZÁLEZ ROLDÁN, Yuri,
Las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, núm. 19, 1995, pp. 169-183.
La *in iure cessio hereditatis*, núm. 20, 1996, pp. 277-333.

GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl,
El delito de homicidio en razón del parentesco o relación: artículo 323 del Código Penal del Distrito Federal: desaparición del parricidio y del infanticidio, núm. 20, 1996, pp. 753-761.

GUEVARA SANGINÉS, María,

En torno al problema de la legislación sobre la abolición de la esclavitud en el Guanajuato independiente, núm. 19, 1995, pp. 149-167.

HAMDAN AMAD, Fauzi,

Análisis de las recientes reformas constitucionales en materia de gobierno del Distrito Federal, núm. 12, 1988, pp. 177-193.

Naturaleza jurídica y diferencias entre las llamadas comisiones intersecretariales y los órganos de administración con competencia funcional propia, núm. 13, 1989, pp. 327-340.

Algunas consideraciones en torno a la constitucionalidad de las disposiciones administrativas generales que dictan los órganos de la Administración Pública Federal y sus diferencias con los reglamentos propiamente dichos, núm. 14, 1990, pp. 239-259.

HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,

Reflexiones para los estudiantes, núm. 12, 1988, pp. 557-564.

La lógica y la ética del abogado, núm. 13, 1989, pp. 341-358.

Discurso pronunciado por el Señor Licenciado..., el 2 de septiembre de 1991 en la Ceremonia de Apertura del Curso Escolar 1991/1992, núm. 15, 1991, pp. 607-613.

Los derechos de los extranjeros en materia de responsabilidad civil extracontractual, núm. 16, 1992, pp. 251-270.

Discurso pronunciado por el Licenciado..., en el banquete de Celebración del Octogésimo Aniversario de la Escuela Libre de Derecho, núm. 16, 1992, pp. 629-630.

Notas sobre la administración de justicia en México, núm. 18, 1994, pp. 473-480.

HUACUJA BETANCOURT, Sergio Eduardo,

Homenaje póstumo al Licenciado don Francisco García Jimeno, núm. 11, 1987, pp. 807-809.

HUERTA ORTIZ, Verónica,

Pablo Macedo y la promoción de la cultura jurídica, núm. 18, 1994, pp. 163-193.

JIMÉNEZ ILLESCAS, Juan Manuel,

Algunas consideraciones sobre la regulación fiscal del fideicomiso en México, núm. 11, 1987, pp. 285-303.

JOLOWICZ, J.A.,

Naturaleza y carácter del proceso civil: la experiencia inglesa, traducción de VALDÉS S., Clemente, núm. 17, 1993, pp. 221-238.

LEVAGGI, Abelardo,

Aplicación de la política española de tratados a los indios de la Nueva España y sus confines: el caso de la Luisiana y las Floridas (1781-1790), núm. 20, 1996, pp. 371-403.

LIRA, Andrés,

El derecho y la historia social, núm. 13, 1989, pp. 691-703.

LÓPEZ MEDINA, Manuel,

Sucesos varios del Curso 1986/1987 de la Escuela Libre de Derecho, núm. 11, 1987, pp. 827-851.

Índices a la Revista de Investigaciones Jurídicas: 1977/1986, núm. 11, 1987, pp. 861-943.

Referencias del Ciclo Escolar 1987/1988, núm. 12, 1988, pp. 573-585.

Noticias del Curso 1988/1989, núm. 13, 1989, pp. 709-722.

Algunas noticias del Ciclo Escolar 1989/1990, núm. 14, 1990, pp. 637-668.

Reseña bibliográfica: Escuela Libre de Derecho (1912-1987), núm. 14, 1990, p. 669.

Noticias necrológicas [Don José Arce y Cervantes, Don Raúl F. Cárdenas, Don Roberto Núñez y Escalante, Don Juan Antonio Peralta Valdés y Don Eduardo Olmedo Cotilla], núm. 14, 1990, pp. 671-675.

Algunas noticias del Curso 1990/1991 de la Escuela Libre de Derecho, núm. 15, 1991, pp. 593-606.

Algunos hechos memorables del Ciclo Escolar 1991/1992 de la Escuela Libre de Derecho, núm. 16, 1992, pp. 631-654.

In Memoriam: Don Ignacio Soto Sobreyra, núm. 16, 1992, pp. 655-656.

In Memoriam: Don Javier Creixell del Moral, núm. 16, 1992, p. 659.

Sucesos varios del Curso Escolar 1992/1993, núm. 17, 1993, pp. 495-513.
In Memoriam: Don José Becerra Bautista, núm. 17, 1993, pp. 541-542.
Datos del bienio académico 1993/1995, núm. 19, 1995, pp. 593-635.
In Memoriam: Don Ignacio Mendoza Iglesias, núm. 19, 1995, pp. 637-638.
In Memoriam: Don Fernando Alejandro Vázquez Pando, núm. 19, 1995, pp. 638-643.
Don Javier Alba Muñoz, núm. 20, 1996, pp. 845-846.
Algunos datos del curso escolar de 1995/1996, núm. 20, 1996, pp. 847-876.

LÓPEZ MONROY, José de Jesús,
El derecho del tanto como derecho real, núm. 11, 1987, pp. 319-326.

LOZANO ALARCÓN, Gerardo,
Algunas consideraciones jurídicas sobre el factoraje financiero, núm. 19, 1995, pp. 185-207.

MacPHERSON, William P. *Ver* URSÚA-COCKE, Eugenio.

McKNIGHT, John B. y MÜGGENBURG R.V., Carlos,
Liberalización del régimen legal de las franquicias en México, núm. 14, 1990, pp. 525-543.
El nuevo régimen de la propiedad intelectual en México: la protección de la propiedad industrial, los derechos de autor, las licencias y las franquicias en México, núm. 17, 1993, pp. 377-409.

MAINERO Y NUÑEZ DE CÁCERES, Carlos E.,
Discurso pronunciado en la Ceremonia de Apertura del Curso Escolar 1987/1988 por el Sr. Lic..., en la Escuela Libre de Derecho el día 3 de septiembre de 1987, núm. 11, 1987, pp. 853-858.

MANZANERO ESCUTIA, Francisco Xavier,
Sociedades Clasificadoras, núm. 12, 1988, pp. 195-210.
Algunas reflexiones en torno a las operaciones de remolque, núm. 13, 1989, pp. 359-374.

MARCOS, Patricio,
La cuestión democrática, núm. 14, 1990, pp. 585-594.

MARTÍN DEL CAMPO, Diego,
Discurso pronunciado por el Señor Licenciado..., el 3 de septiembre de 1990 en la Ceremonia de Apertura del Curso Escolar 1990/1991, núm. 14, 1990, pp. 677-680

MARTÍNEZ ROSALES, Alfonso,
La protección jurídica de las personas y la ausencia de monjas en San Luis Potosí. 1592-1866, núm. 18, 1994, pp. 195-215.

MAYAGOITIA, Alejandro
Notas para el estudio de los impresos jurídicos novohispanos, núm. 14, 1990, pp. 261-288.

MÉJAN, Luis Manuel C.,
Interpretando la Constitución. Los sofismas de un ministro, núm. 19, 1995, pp. 209-234.
Apuntes para una teoría del contrato, núm. 20, 1996, pp. 815-832.

MICHAUS ROMERO, Martín,
Los ilícitos penales en la propiedad industrial, núm. 17, 1993, pp. 341-376.

MIER Y TERÁN, Salvador,
El matrimonio como negocio jurídico, núm. 14, 1994, pp. 289-312.
Noción ontológica, jurídica y formal de la persona humana y el derecho a la vida, núm. 15, 1991, pp. 393-447.

MOGUEL CABALLERO, Manuel,
La responsabilidad civil extracontractual de la administración pública italiana y de sus funcionarios y dependientes, núm. 12, 1988, pp. 211-239.

MORALES LECHUGA, Ignacio,
Palabras de don..., Procurador General de la República, al inaugurar el Curso Escolar 1992/1993, el 31 de agosto de 1992, núm. 16, 1992, pp. 669-671.

MÜGGENBURG R.V., Carlos. *Ver* McKNIGHT, John B.

NORIEGA GARCÍA, Pilar,
Seguridad y violencia social: los motivos de una sociedad temerosa, núm. 14, 1990, pp. 313-331.

NUÑEZ Y BANDERA, José Higinio,

Discurso pronunciado el 29 de agosto de 1994 en la apertura del Curso Escolar 1994/1995 por don..., núm. 18, 1994, pp. 493-495.

OGARRIO, Alejandro,
Palabras del Sr. Licenciado... Director del Posgrado de la Escuela Libre de Derecho, pronunciadas con motivo de la Inauguración de Cursos, el 9 de septiembre de 1991, núm. 15, 1991, pp. 619-621.

OROPEZA Y SEGURA, Mauricio A.,
Reflexiones en torno a la profesión de abogado y a la Escuela Libre de Derecho, núm. 11, 1987, pp. 817-826.
Recordando a don Manuel Herrera y Lasso en el Vigésimo Quinto Aniversario de su fallecimiento, núm. 16, 1992, pp. 613-618.

OROZCO WATERS, Rodrigo,
Discurso pronunciado por el Presidente de la Sociedad de Alumnos, Señor..., en la Inauguración de Cursos 1993/1994, el lunes 30 de agosto [de 1993], núm. 17, 1993, pp. 551-553.

ORTIZ AHLF, Loretta,
Los guatemaltecos: ¿asilados, refugiados o desplazados?, núm. 11, 1987, pp. 327-344.
Responsabilidad individual por los crímenes de guerra y lesa humanidad, núm. 15, 1991, pp. 275-286.

ORTIZ ESCAMILLA, Juan,
Calleja, el gobierno de la Nueva España y la Constitución de 1812, núm. 20, 1996, pp. 405-447.

OSCÓS SAÍD, Gisela A.,
Ética, derechos humanos y homosexualidad, núm. 13, 1989, pp. 375-413.
Nuremberg, 45 años después (Apuntes para un *Ius post bellum*), núm. 14, 1990, pp. 333-377.
Donación de órganos: la búsqueda incierta de la inmortalidad, núm. 15, 1991, pp. 449-487.
La Comisión Nacional de Derechos Humanos: Ensayo filantrópico o técnica legitimadora, núm. 16, 1992, pp. 271-299.

In Memoriam: Don Carlos Enrique Mainero Núñez de Cáceres, núm. 16, 1992, pp. 656-658.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto,
El derecho a la vida y el aborto, núm. 15, 1991, pp. 489-497.

PALMA, José-Augusto,
La no devolución de los refugiados: principio protector de la vida humana, núm. 15, 1991, pp. 499-514.

PADILLA GONZÁLEZ, Bonifacio,
Democracia (reflexiones en torno a Sartori), núm. 19, 1995, pp. 235-251.

PAZOS, Luis,
Crítica a la Ley de Instituciones de Crédito, núm. 15, 1991, pp. 583-591.

PÉREZ DE ACHA, Luis Manuel,
El artículo 29 de la Constitución Federal, núm. 11, 1987, pp. 345-387.

PÉREZ MIRANDA, Rafael,
La inversión extranjera directa, núm. 14, 1990, pp. 545-584.
La comercialización (transferencia) de tecnología, núm. 16, 1992, pp. 301-326.
Marco jurídico internacional del nuevo régimen de la inversión extranjera en México, núm. 18, 1994, pp. 428-459.

PÉREZ ROBLES, Arturo,
Los precios de transferencia en el derecho mexicano, núm. 18, 1994, pp. 217-236.

PÉREZ SÁNCHEZ, Rubén F. *Ver* ESTRADA SÁMANO, Rafael

PIANTINO, Yves Patrick,
Ejecución de sentencias judiciales extranjeras en materia civil y comercial en México y en Suiza: una comparación de los requisitos legales, núm. 20, 1996, pp. 449-465.

PINEDA VILLARREAL, Jorge,
In Memoriam: Don Carlos G. Traslosheros Peralta, núm. 19, 1995, pp. 643-645.

PRADO NUÑEZ, Antonio,
Debe revisarse nuevamente la tesis de la noextradición de nacionales, núm. 16, 1992, pp. 619-628.

RAMÍREZ DE LA PARRA, Roberto,
Discurso pronunciado el 28 de agosto de 1995 en la apertura del Curso Escolar 1995-1996 por el Presidente de la Sociedad de Alumnos, Señor..., núm. 19, 1995, pp. 655-657.
RAMÍREZ MEDRANO, Raúl,
Consideraciones sobre la tutela jurídica de la licitación pública, núm. 11, 1987, pp. 389-415.
RANGEL MEDINA, David,
Las marcas en el derecho soviético, núm. 11, 1987, pp. 417-429.
RANGEL ORTÍZ, Horacio,
Evaluación del sistema de patentes, núm. 11, 1987, pp. 431-451.
Las patentes en México: evolución y sistema actual, núm. 12, 1988, pp. 241-265.
----------, y GÓMEZ VEGA, Bernardo,
La situación jurídica de los inventos farmacéuticos, núm. 14, 1990, pp. 205-238.
El régimen internacional de las indicaciones geográficas: denominaciones de origen e indicaciones de procedencia, núm. 15, 1991, pp. 287-318.
La extensión de la protección y la inversión de la carga de la prueba en las patentes de procedimiento, núm. 16, 1992, pp. 327-359.
El agotamiento del derecho de patente en el derecho comparado y en el derecho mexicano, núm. 17, 1993, pp. 411-458.
RICO ÁLVAREZ, Fausto,
Discurso pronunciado por el Licenciado..., Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la Inauguración del Curso 1992/1993, núm. 16, 1992, pp. 663-668.
RÍOS HELLIG, Jorge,
La función notarial en el Distrito Federal y su importancia frente a la creación y transformación del derecho, núm. 17, 1993, pp. 239-258.
RODRÍGUEZ DEL POZO-ÁLVAREZ, Pablo A.,

La determinación de la muerte: problemas morales y jurídicos, núm. 15, 1991, pp. 515-562.
RODRÍGUEZ GÓMEZ, Jesús,
Recuerdos de Felipe Tena Ramírez, núm. 19, 1995, pp. 585-592.
ROMANO MUSSALI, Emilio,
El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la operación aduanera en México, núm. 17, 1993, pp. 515-527.
Convenios internacionales en materia fiscal, núm. 18, 1994, pp. 481-485.
RUIZ DAZA, Manuel,
La regulación de bienes entre esposos, núm. 11, 1987, pp. 453-500.
RUIZ DE SANTIAGO, Jaime,
El derecho internacional de los refugiados: características y desarrollo en América Latina, núm. 16, 1992, pp. 361-391.
SAÍD, Alberto. *Ver* GONZÁLEZ, Isidro.
SÁNCHEZ BELLA, Ismael,
El derecho indiano hasta Felipe II, núm. 16, 1992, pp. 393-403.
SÁNCHEZ MEDAL, Ramón,
Homenaje a don Francisco García Jimeno, núm. 11, 1987, pp. 813-815.
Los derechos humanos y la legislación mexicana, núm. 12, 1988, pp. 267-279.
Discurso pronunciado por don... en la Ceremonia de Iniciación de Cursos del 5 de septiembre de 1988, núm. 12, 1988, pp. 587-597.
En torno a las obligaciones pecuniarias, núm. 14, 1990, pp. 379-418.
El nuevo artículo 3o. y los derechos humanos, núm. 16, 1992, pp. 517-530.
Matrimonio y divorcio, núm. 20, 1996, pp. 763-776.
SCHMIDT, Luis C.,
Computer Software and the North American Free Trade Agreement: Will Mexican Law Represent a Trade Barrier?, núm. 17, 1993, pp. 459-494.

SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J.,
Reformas constitucionales en materia de derechos humanos, núm. 17, 1993, pp. 259-282.
Análisis constitucional de la Ley sobre la Celebración de Tratados, núm. 18, 1994, pp. 237-258.
Supervivencia del principio de división de órganos de poder en nuestra Constitución, a raíz de las innovaciones que se han incorporado a su texto o que se han establecido a nivel legislativo, núm. 19, 1995, pp. 253-276.
Propuesta para la reforma del tribunal fiscal de la Federación en Tribunal Federal Administrativo de plena jurisdicción, núm. 20, 1996, pp. 467-511.
SERRANO ROBLES, Arturo,
Agradecimiento de don Felipe Tena Ramírez a la Barra Mexicana-Colegio de Abogados, núm. 19, 1995, pp. 543-545.
SERRATO COMBE, Josette,
La regulación del gas natural en México, núm. 20, 1996, pp. 513-554.
Traducción de VARGAS, Jorge A., El renacimiento de la Suprema Corte de México: evaluación de la reforma judicial del presidente Zedillo de 1995, núm. 20, 1996, pp. 603-652.
SIQUEIROS, José Luis,
La adopción internacional de menores, núm. 17, 1993, pp. 529-540.
SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis,
La reforma judicial de 1900, núm. 12, 1988, pp. 281-294.
Reflexiones para una reforma judicial en México, núm. 17, 1993, pp. 283-292.
SOSA, Beatriz,
Reflexiones en torno a la configuración de la información como derecho, núm. 11, 1987, pp. 501-514.
TENA RAMÍREZ, Felipe,
Orígenes de dos obispos michoacanos: Manuel Abad y Queipo y fray Antonio de San Miguel, núm. 19, 1995, pp. 279-341.
TRASLOSHEROS HERNÁNDEZ, Jorge E.,

Por Dios y por su Rey: Las Ordenanzas de fray Marcos Ramírez de Prado para el obispado de Michoacán, 1642, núm. 16, 1992, pp. 405-439.
TRASLOSHEROS PERALTA, Carlos,
Un nuevo procedimiento civil para el Distrito Federal, núm. 11, 1987, pp. 515-523.
Las nulidades en el proceso civil, núm. 12, 1988, pp. 303-321.
TREVIÑO, Julio C.,
El arbitraje comercial internacional: un recurso para América Latina, núm. 12, 1988, pp. 323-349.
TRILLO HERNÁNDEZ, Benjamín,
Últimas consideraciones constitucionales del maestro don Felipe Tena Ramírez y observaciones al artículo 89, fracción X, de nuestra Constitución, núm. 19, 1995, pp. 575-584.
TORREBLANCA SENTÍES, José Manuel,
Las controversias del orden familiar, núm. 20, 1996, pp. 777-795.
URSÚA-COCKE, Eugenio,
La legislación pesquera y del mar en México y en el mundo, núm. 12, 1988, pp. 351-384.
---------- y MacPHERSON, William P.,
El papel del abogado en México, núm. 14, 1990, pp. 419-464.
Drug traffic, Law and International Relations, núm. 18, 1994, pp. 275-300.
VALDÉS S., Clemente. *Ver* JOLOWICZ, J.A.
VARGAS, Jorge A.,
El renacimiento de la Suprema Corte de México: evaluación de la reforma judicial del presidente Zedillo de 1995, traducción de SERRATO COMBE, Josette, núm. 20, 1996, pp. 603-652.
VÁZQUEZ, Rodolfo,
Estado de Derecho y corrupción (compromisos para un universitario), núm. 20, 1996, pp. 833-842.
VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro,

Algunas reflexiones sobre la Constitución mexicana, a la luz de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos en que México es parte, núm. 11, 1987, pp. 525-553.
Algunas reformas hechas al Código Civil del Distrito Federal de México, núm. 18, 1994, pp. 301-331.

VELA MARTÍNEZ, Sergio,
In Memoriam: Don Sergio Vela Treviño, núm. 17, 1993, pp. 543-546.

VELA TREVIÑO, Sergio,
Algunas reflexiones acerca de la crisis de la administración de justicia penal, núm. 12, 1988, pp. 385-437.
Los delitos contra la familia, núm. 17, 1993, pp. 293-317.

VILLALÓN ESQUERRO, Francisco Javier,
La supresión total de testigos en el testamento público abierto, núm. 18, 1994, pp. 333-348.

VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel,
Una aproximación a la pedagogía jurídica, núm. 13, 1989, pp. 415-464.
Para llegar a ser abogado... Perfil vocacional, laboral y de actitud hacia el estudio, de los alumnos de la Escuela Libre de Derecho, núm. 14, 1990, pp. 595-635.
Justo Sierra: abogado de la dictadura, núm. 16, 1992, pp. 441-479.

VILLORO TORANZO, Miguel,
Las diversas escuelas positivistas del derecho, núm. 12. 1988, pp. 439-451.
Moral y derecho, núm. 13, 1989, pp. 465-497.
Los principios doctrinales del derecho, núm. 14, 1990, pp. 465-474.

VON WOBESER, Gisela,
La "consolidación de los vales reales" en la Nueva España, analizada en el marco de la política desamortizadora de los borbones 1804-1809, núm. 20, 1996, pp. 653-673.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo F.,
El juicio de amparo a la luz de la moderna justicia constitucional, núm. 15, 1991, pp. 319-347.

La nueva Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, núm. 16, 1992, pp. 531-575.
La defensa de la Constitución en el pensamiento de Manuel Herrera y Lasso, núm. 17, 1993, pp. 319-339.

ZAVALA, Silvio,
Comentario sobre la historia del derecho en México, núm. 12, 1988, pp. 565-572. Respuesta al discurso de Andrés Lira, núm. 13, 1989, pp. 703-708.

II. ÍNDICE POR DISCIPLINAS

II.1 *Filosofía, Introducción y Teoría General del Derecho*

ADAME GODDARD, Jorge,
Metafísica para juristas, núm. 18, 1994, pp. 9-32.

ALCÁNTARA SORIA, Juan Miguel,
El principio de causalidad y el derecho, núm. 11, 1987, pp. 23-42.

ALESSIO ROBLES, Miguel,
Dualidad: derechos reales y personales, núm. 14, 1990, pp. 33-63.

ÁLVAREZ DE MORALES, Antonio,
La influencia de la Escuela Suiza del Derecho Natural en la formación de la doctrina sobre los Derechos del Hombre en España, núm. 16, 1992, pp. 35-48.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier,
Derechos fundamentales y propiedad: un modelo histórico, núm. 15, 1991, pp. 25-49.

ARELLANO GARCÍA, Carlos,
Normas mínimas en la ética de la abogacía, núm. 12, 1988, pp. 551-555.

BEUCHOT, Mauricio,
Sobre el derecho a la vida, el aborto y el proceso inicial de la vida humana: reflexiones filosóficas, núm. 15, 1991, pp. 349-356.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio,
Derecho y Justicia en los profetas de Israel del siglo VIII, núm. 11, 1987, pp. 171-188.

Puntos fundamentales para el uso alternativo del derecho, núm. 12, 1988, pp. 295-301.
Esbozo de algunas teorías marxistas del derecho, núm. 13, 1989, pp. 157-195.
La concepción de los derechos humanos en Alonso de la Veracruz, núm. 20, 1996, pp. 555-601.

DÍAZ Y DÍAZ, Martín,
Weber y Ross: dos aproximaciones a la realidad del derecho, núm. 19, 1995, pp. 49-118.
Hart y Raz: el derecho como fenómeno institucional, núm. 20, 1996, pp. 85-154.

ESTRADA SÁMANO, Rafael,
Las relaciones Iglesia-Estado: aspectos jurídico-filosóficos, núm. 15, 1991, pp. 223-244.

HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
La lógica y la ética del abogado, núm. 13, 1989, pp. 341-358.

MIER Y TERÁN, Salvador,
Noción ontológica, jurídica y formal de la persona humana y el derecho a la vida, núm. 15, 1991, pp. 393-447.

OROPEZA Y SEGURA, Mauricio A.,
Reflexiones en torno a la profesión de abogado y a la Escuela Libre de Derecho, núm. 11, 1987, pp. 817-826.

RODRÍGUEZ DEL POZO-ÁLVAREZ, Pablo A.,
La determinación de la muerte: problemas morales y jurídicos, núm. 15, 1991, pp. 515-562.

URSÚA-COCKE, Eugenio y MACPHERSON, William P.,
El papel del abogado en México, núm. 14, 1990, pp. 419-464.

VILLORO TORANZO, Miguel,
Las diversas escuelas positivistas del derecho, núm. 12, 1988, pp. 439-451.
Moral y derecho, núm. 13, 1989, pp. 465-497.
Los principios doctrinales del derecho, núm. 14, 1990, pp. 465-474.

II.2 *Historia del Derecho y del pensamiento jurídico*

ADAME GODDARD, Jorge,
Agustín Rodríguez, como abogado postulante, núm. 17, 1993, pp. 9-32.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier,
Derechos fundamentales y propiedad: un modelo histórico, núm. 15, 1991, pp. 25-49.

BONILLA LÓPEZ, Miguel,
Un anarquista teoriza sobre el amparo judicial: Antonio Díaz Soto y Gama en 1906, núm. 18, 1994, pp. 77-105.

BRAVO LIRA, Bernardino,
El Estado Constitucional en Hispanoamérica 1920-1990: Entre el deterioro y la transformación, núm. 15, 1991, pp. 73-85.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León,
Evaluación de la administración pública federal mexicana: su evolución a partir del México independiente hasta 1976, núm. 13, 1989, pp. 97-156.

DE ICAZA DUFOUR, Francisco,
De la libertad y capacidad del indígena, núm. 17, 1993, pp. 33-44.
De los abogados y su celestial patronazgo, núm. 19, 1995, pp. 503-541.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio,
Derecho y Justicia en los profetas de Israel del siglo VIII, núm. 11, 1987, pp. 171-188.
El uso de la bula *Inter Cetera* por Bartolomé de las Casas, núm. 14, 1990, pp. 75-109.
Derechos de los pueblos indios: desde la Nueva España hasta la modernidad, núm. 15, 1991, pp. 117-144.
La relación Estado/Iglesia en la historia jurídica de México, núm. 16, 1992, pp. 481-505.
La influencia de las juntas apostólicas novohispanas en el derecho protector de los indios, núm. 19, 1995, pp. 547-574.
La concepción de los derechos humanos en Alonso de la Veracruz, núm. 20, 1996, pp. 555-601.

DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
Pablo Macedo: orden y abogacía en un "científico", núm. 12, 1988, pp. 19-47.
Derecho de juristas: un tema ignorado por la historiografía jurídica mexicana, núm. 15, 1991, pp. 145-166.
Un ignorado jurista michoacano: Antonio Florentino Mercado, núm. 16, 1992, pp. 143-174.
La renovación de la Historia General del Derecho en la Escuela Libre de Derecho: su sentido romanista, núm. 17, 1993, pp. 59-70.
Una nueva lectura del Plan de Iguala, núm. 18, 1994, pp. 45-75.
Los años del estudiante Felipe Tena Ramírez en la Escuela Libre de Derecho, núm. 19, 1995, pp. 343-382.
Ley y verdad histórica: el caso de Agustín de Iturbide, núm. 20, 1996, pp. 9-63.
DÍAZ Y DÍAZ, Martín,
Rabasa y Molina Enríquez: un diálogo autoritario en el origen de la Constitución, núm. 13, 1989, pp. 227-287.
DIEGO FERNÁNDEZ, Rafael,
La Constitución y la tiranía: un proyecto constitucional razonado de José Diego Fernández Torres, núm. 17, 1993, pp. 139-197.
FERNÁNDEZ DELGADO, Miguel Ángel,
Influencia de la *Utopía* de Tomás Moro en el pensamiento colonizador español, 1532-1647, núm. 19, 1995, pp. 455-501.
GONZÁLEZ, Isidro,
Cuatro abogados centroamericanos en el México decimonónico, núm. 20, 1996, pp. 335-369.
GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan,
Notas en torno a la historia de la legislación sobre bancos en México, núm. 12, 1988, pp. 141-175.
GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel,
La Constitución de 1857, núm. 13, 1989, pp. 289-325.
Las reformas de Estado y la permanencia de la Iglesia, núm. 16, 1992, pp. 507-515.
GUEVARA SANGINÉS, María,

En torno al problema de la legislación sobre la abolición de la esclavitud en el Guanajuato independiente, núm. 19, 1995, pp. 149-167.
HUERTA ORTIZ, Verónica,
Pablo Macedo y la promoción de la cultura jurídica, núm. 18, 1994, pp. 163-193.
LEVAGGI, Abelardo,
Aplicación de la política española de tratados a los indios de la Nueva España y sus confines: el caso de la Luisiana y las Floridas (1781-1790), núm. 20, 1996, pp. 371-403.
LIRA, Andrés,
El derecho y la historia social, núm. 13, 1989, pp. 691-703.
MARTÍNEZ ROSALES, Alfonso,
La protección jurídica de las personas y la ausencia de monjas en San Luis Potosí. 1592-1866, núm. 18, 1994, pp. 195-215.
MAYAGOITIA, Alejandro,
Notas para el estudio de los impresos jurídicos novohispanos, núm. 14, 1990, pp. 261-288.
ORTIZ ESCAMILLA, Juan,
Calleja, el gobierno de la Nueva España y la Constitución de 1812, núm. 20, 1996, pp. 405-447.
SÁNCHEZ BELLA, Ismael,
El derecho indiano hasta Felipe II, núm. 16, 1992, pp. 393-403.
SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis,
La reforma judicial de 1900, núm. 12, 1988, pp. 281-294.
TENA RAMÍREZ, Felipe,
Orígenes de dos obispos michoacanos: Manuel Abad y Queipo y fray Antonio de San Miguel, núm. 19, 1995, pp. 279-341.
TRASLOSHEROS HERNÁNDEZ, Jorge E.,
Por Dios y por su Rey: Las Ordenanzas de fray Marcos Ramírez de Prado para el obispado de Michoacán. 1642, núm. 16, 1992, pp. 405-439.
VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel,

justo Sierra: abogado de la dictadura, núm. 16, 1992, pp. 441-479.

VON WOBESER, Gisela,

La "consolidación de los vales reales" en la Nueva España, analizada en el marco de la política desamortizadora de los borbones 1804-1809, núm. 20, 1996, pp. 653-673.

ZAVALA, Silvio,

Comentario sobre la historia del derecho en México, núm. 12, 1988, pp. 565-572.

Respuesta al discurso de Andrés Lira [sobre el derecho y la historia social], núm. 13, 1989, pp. 703-708.

II.3 *Derecho romano*

ADAME GODDARD, Jorge,

El poseedor que vendió bienes de la herencia, núm. 11, 1987, pp. 11-22.

Sobre los caminos públicos: comentario al título 1, 14 de las Sentencias de Paulo, núm. 12, 1988, pp. 9-17.

El derecho romano como jurisprudencia, núm. 15, 1991, pp. 9-24.

CATALANO, Pierangelo

Identidad jurídica de América Latina: Derecho Romano y Sistema Latinoamericano, núm. 15, 1991, pp. 101-116.

DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,

La renovación de la Historia General del Derecho en Escuela Libre de Derecho: su sentido romanista, núm. 17, 1993, pp. 59-70.

GONZÁLEZ ROLDÁN, Yuri,

Las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, núm. 19, 1995, pp. 169-183.

La *in iure cessio hereditatis*, núm. 20, 1996, pp. 277-333.

II.4 *Derecho internacional público y política internacional*

CAMACHO Y DE CIRIA, Manuel,

El llamado "nuevo orden mundial de la información y la comunicación", núm. 12, 1988, pp. 471-488.

DURIEUX, Jean-François,

Creación de un derecho del refugiado: las experiencias recientes de México y Belice, núm. 15, 1991, pp. 357-392.

GARCÍA MORENO, Víctor Carlos,

Breve análisis de la Ley Simpson-Rodino, núm. 12, 1988, pp. 117-132.

PRADO NUÑEZ, Antonio,

Debe revisarse nuevamente la tesis de la no-extradición de nacionales, núm. 16, 1992, pp. 619-628.

GÓMEZ CUEVAS, Efraín,

Moratoria: sus bases jurídicas se encuentran en el plan Brady, núm. 13, 1989, pp. 683-690.

ORTIZ AHLF, Loretta,

Los guatemaltecos: ¿asilados, refugiados o desplazados?, núm. 11, 1987, pp. 327-344.

Responsabilidad individual por los crímenes de guerra y lesa humanidad, núm. 15, 1991, pp. 275-286.

OSCÓS SAÍD, Gisela A.,

Nuremberg, 45 años después (Apuntes para un *Ius postbellum*), núm. 14, 1990, pp. 333-377.

PALMA, José-Augusto,

La no devolución de los refugiados: principio protector de la vida humana, núm. 15, 1991, pp. 499-514.

RUIZ DE SANTIAGO, Jaime,

El derecho internacional de los refugiados: características y desarrollo en América Latina, núm. 16, 1992, pp. 361-391.

SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J.,

Análisis constitucional de la Ley sobre la Celebración de Tratados, núm. 18, 1994, pp. 237-258.

URSÚA-COCKE, Eugenio,

La legislación pesquera y del mar en México y en el mundo, núm. 12, 1988, pp. 351-384.

---------- y MACPHERSON, William P.,

Drug traffic, Law and International Relations, núm. 18, 1994, pp. 275-300.

VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro,

Algunas reflexiones sobre la Constitución mexicana, a la luz de algunos tratados internacionales sobre derechos

humanos en que México es parte, núm. 11, 1987, pp. 525-553.

II.5 *Derecho internacional privado*

ADAME GODDARD, Jorge,
La Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, núm. 13. 1989, pp. 499-676.
Reglas de interpretación sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, núm. 14, 1990, pp. 9-31.
ARRIGUNAGA, Javier,
Algunas consideraciones en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, núm. 15, 1991, pp. 51-71.
BRITO MONCADA, Javier Ramón,
La inmunidad jurisdiccional de los estados, núm. 12, 1988, pp. 49-64.
DÍAZ, Luis Miguel,
Promoción internacional de la inversión extranjera: el MIGA, núm. 14, 1990, pp. 475-524.
---------- y GARZA, Antonio
Los mecanismos para la solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, núm. 17, 1993, pp. 71-94.
GARCÍA MORENO, Víctor Carlos,
Breve análisis de la Ley Simpson-Rodino, núm. 12, 1988, pp. 117-132.
HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
Los derechos de los extranjeros en materia de responsabilidad civil extracontractual, núm. 16, 1992, pp. 251-270.
PÉREZ MIRANDA, Rafael,
La inversión extranjera directa, núm. 14, 1990, pp. 545-584.
Marco jurídico internacional del nuevo régimen de la inversión extranjera en México, núm. 18, 1994, pp. 428-459.
PÉREZ ROBLES, Arturo,
Los precios de transferencia en el derecho mexicano, núm. 18, 1994, pp. 217-236.

MARTÍN DEL CAMPO, Diego,
Discurso pronunciado por el Señor Licenciado..., el 3 de septiembre de 1990 en la Ceremonia de Apertura del Curso Escolar 1990/1991, núm. 14, 1990, pp. 677-680
MARTÍNEZ ROSALES, Alfonso,
La protección jurídica de las personas y la ausencia de monjas en San Luis Potosí. 1592-1866, núm. 18, 1994, pp. 195-215.
MAYAGOITIA, Alejandro
Notas para el estudio de los impresos jurídicos novohispanos, núm. 14, 1990, pp. 261-288.
MÉJAN, Luis Manuel C.,
Interpretando la Constitución. Los sofismas de un ministro, núm. 19, 1995, pp. 209-234.
Apuntes para una teoría del contrato, núm. 20, 1996, pp. 815-832.
MICHAUS ROMERO, Martín,
Los ilícitos penales en la propiedad industrial, núm. 17, 1993, pp. 341-376.
MIER Y TERÁN, Salvador,
El matrimonio como negocio jurídico, núm. 14, 1994, pp. 289-312.
Noción ontológica, jurídica y formal de la persona humana y el derecho a la vida, núm. 15, 1991, pp. 393-447.
MOGUEL CABALLERO, Manuel,
La responsabilidad civil extracontractual de la administración pública italiana y de sus funcionarios y dependientes, núm. 12, 1988, pp. 211-239.
MORALES LECHUGA, Ignacio,
Palabras de don..., Procurador General de la República, al inaugurar el Curso Escolar 1992/1993, el 31 de agosto de 1992, núm. 16, 1992, pp. 669-671.
MÜGGENBURG R.V., Carlos. *Ver* MCKNIGHT, John B.
NORIEGA GARCÍA, Pilar,
Seguridad y violencia social: los motivos de una sociedad temerosa, núm. 14, 1990, pp. 313-331.
NUÑEZ Y BANDERA, José Higinio,

Discurso pronunciado el 29 de agosto de 1994 en la apertura del Curso Escolar 1994/1995 por don..., núm. 18, 1994, pp. 493-495.

OGARRIO, Alejandro,

Palabras del Sr. Licenciado... Director del Posgrado de la Escuela Libre de Derecho, pronunciadas con motivo de la Inauguración de Cursos, el 9 de septiembre de 1991, núm. 15, 1991, pp. 619-621.

OROPEZA Y SEGURA, Mauricio A.,

Reflexiones en torno a la profesión de abogado y a la Escuela Libre de Derecho, núm. 11, 1987, pp. 817-826.

Recordando a don Manuel Herrera y Lasso en el Vigésimo Quinto Aniversario de su fallecimiento, núm. 16, 1992, pp. 613-618.

OROZCO WATERS, Rodrigo,

Discurso pronunciado por el Presidente de la Sociedad de Alumnos, Señor..., en la Inauguración de Cursos 1993/1994, el lunes 30 de agosto [de 1993], núm. 17, 1993, pp. 551-553.

ORTIZ AHLF, Loretta,

Los guatemaltecos: ¿asilados, refugiados o desplazados?, núm. 11, 1987, pp. 327-344.

Responsabilidad individual por los crímenes de guerra y lesa humanidad, núm. 15, 1991, pp. 275-286.

ORTIZ ESCAMILLA, Juan,

Calleja, el gobierno de la Nueva España y la Constitución de 1812, núm. 20, 1996, pp. 405-447.

OSCÓS SAÍD, Gisela A.,

Ética, derechos humanos y homosexualidad, núm. 13, 1989, pp. 375-413.

Nuremberg, 45 años después (Apuntes para un *Ius post bellum*), núm. 14, 1990, pp. 333-377.

Donación de órganos: la búsqueda incierta de la inmortalidad, núm. 15, 1991, pp. 449-487.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos: Ensayo filantrópico o técnica legitimadora, núm. 16, 1992, pp. 271-299.

In Memoriam: Don Carlos Enrique Mainero Núñez de Cáceres, núm. 16, 1992, pp. 656-658.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto,

El derecho a la vida y el aborto, núm. 15, 1991, pp. 489-497.

PALMA, José-Augusto,

La no devolución de los refugiados: principio protector de la vida humana, núm. 15, 1991, pp. 499-514.

PADILLA GONZÁLEZ, Bonifacio,

Democracia (reflexiones en torno a Sartori), núm. 19, 1995, pp. 235-251.

PAZOS, Luis,

Crítica a la Ley de Instituciones de Crédito, núm. 15, 1991, pp. 583-591.

PÉREZ DE ACHA, Luis Manuel,

El artículo 29 de la Constitución Federal, núm. 11, 1987, pp. 345-387.

PÉREZ MIRANDA, Rafael,

La inversión extranjera directa, núm. 14, 1990, pp. 545-584.

La comercialización (transferencia) de tecnología, núm. 16, 1992, pp. 301-326.

Marco jurídico internacional del nuevo régimen de la inversión extranjera en México, núm. 18, 1994, pp. 428-459.

PÉREZ ROBLES, Arturo,

Los precios de transferencia en el derecho mexicano, núm. 18, 1994, pp. 217-236.

PÉREZ SÁNCHEZ, Rubén F. *Ver* ESTRADA SÁMANO, Rafael

PIANTINO, Yves Patrick,

Ejecución de sentencias judiciales extranjeras en materia civil y comercial en México y en Suiza: una comparación de los requisitos legales, núm. 20, 1996, pp. 449-465.

PINEDA VILLARREAL, Jorge,

In Memoriam: Don Carlos G. Traslosheros Peralta, núm. 19, 1995, pp. 643-645.

PRADO NUÑEZ, Antonio,

Debe revisarse nuevamente la tesis de la noextradición de nacionales, núm. 16, 1992, pp. 619-628.

RAMÍREZ DE LA PARRA, Roberto,
Discurso pronunciado el 28 de agosto de 1995 en la apertura del Curso Escolar 1995-1996 por el Presidente de la Sociedad de Alumnos, Señor..., núm. 19, 1995, pp. 655-657.
RAMÍREZ MEDRANO, Raúl,
Consideraciones sobre la tutela jurídica de la licitación pública, núm. 11, 1987, pp. 389-415.
RANGEL MEDINA, David,
Las marcas en el derecho soviético, núm. 11, 1987, pp. 417-429.
RANGEL ORTÍZ, Horacio,
Evaluación del sistema de patentes, núm. 11, 1987, pp. 431-451.
Las patentes en México: evolución y sistema actual, núm. 12, 1988, pp. 241-265.
----------, y GÓMEZ VEGA, Bernardo,
La situación jurídica de los inventos farmacéuticos, núm. 14, 1990, pp. 205-238.
El régimen internacional de las indicaciones geográficas: denominaciones de origen e indicaciones de procedencia, núm. 15, 1991, pp. 287-318.
La extensión de la protección y la inversión de la carga de la prueba en las patentes de procedimiento, núm. 16, 1992, pp. 327-359.
El agotamiento del derecho de patente en el derecho comparado y en el derecho mexicano, núm. 17, 1993, pp. 411-458.
RICO ÁLVAREZ, Fausto,
Discurso pronunciado por el Licenciado..., Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la Inauguración del Curso 1992/1993, núm. 16, 1992, pp. 663-668.
RÍOS HELLIG, Jorge,
La función notarial en el Distrito Federal y su importancia frente a la creación y transformación del derecho, núm. 17, 1993, pp. 239-258.
RODRÍGUEZ DEL POZO-ÁLVAREZ, Pablo A.,

La determinación de la muerte: problemas morales y jurídicos, núm. 15, 1991, pp. 515-562.
RODRÍGUEZ GÓMEZ, Jesús,
Recuerdos de Felipe Tena Ramírez, núm. 19, 1995, pp. 585-592.
ROMANO MUSSALI, Emilio,
El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la operación aduanera en México, núm. 17, 1993, pp. 515-527.
Convenios internacionales en materia fiscal, núm. 18, 1994, pp. 481-485.
RUIZ DAZA, Manuel,
La regulación de bienes entre esposos, núm. 11, 1987, pp. 453-500.
RUIZ DE SANTIAGO, Jaime,
El derecho internacional de los refugiados: características y desarrollo en América Latina, núm. 16, 1992, pp. 361-391.
SAÍD, Alberto. *Ver* GONZÁLEZ, Isidro.
SÁNCHEZ BELLA, Ismael,
El derecho indiano hasta Felipe II, núm. 16, 1992, pp. 393-403.
SÁNCHEZ MEDAL, Ramón,
Homenaje a don Francisco García Jimeno, núm. 11, 1987, pp. 813-815.
Los derechos humanos y la legislación mexicana, núm. 12, 1988, pp. 267-279.
Discurso pronunciado por don... en la Ceremonia de Iniciación de Cursos del 5 de septiembre de 1988, núm. 12, 1988, pp. 587-597.
En torno a las obligaciones pecuniarias, núm. 14, 1990, pp. 379-418.
El nuevo artículo 3o. y los derechos humanos, núm. 16, 1992, pp. 517-530.
Matrimonio y divorcio, núm. 20, 1996, pp. 763-776.
SCHMIDT, Luis C.,
Computer Software and the North American Free Trade Agreement: Will Mexican Law Represent a Trade Barrier?, núm. 17, 1993, pp. 459-494.

SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J.,
Reformas constitucionales en materia de derechos humanos, núm. 17, 1993, pp. 259-282.
Análisis constitucional de la Ley sobre la Celebración de Tratados, núm. 18, 1994, pp. 237-258.
Supervivencia del principio de división de órganos de poder en nuestra Constitución, a raíz de las innovaciones que se han incorporado a su texto o que se han establecido a nivel legislativo, núm. 19, 1995, pp. 253-276.
Propuesta para la reforma del tribunal fiscal de la Federación en Tribunal Federal Administrativo de plena jurisdicción, núm. 20, 1996, pp. 467-511.
SERRANO ROBLES, Arturo,
Agradecimiento de don Felipe Tena Ramírez a la Barra Mexicana-Colegio de Abogados, núm. 19, 1995, pp. 543-545.
SERRATO COMBE, Josette,
La regulación del gas natural en México, núm. 20, 1996, pp. 513-554.
Traducción de VARGAS, Jorge A., El renacimiento de la Suprema Corte de México: evaluación de la reforma judicial del presidente Zedillo de 1995, núm. 20, 1996, pp. 603-652.
SIQUEIROS, José Luis,
La adopción internacional de menores, núm. 17, 1993, pp. 529-540.
SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis,
La reforma judicial de 1900, núm. 12, 1988, pp. 281-294.
Reflexiones para una reforma judicial en México, núm. 17, 1993, pp. 283-292.
SOSA, Beatriz,
Reflexiones en torno a la configuración de la información como derecho, núm. 11, 1987, pp. 501-514.
TENA RAMÍREZ, Felipe,
Orígenes de dos obispos michoacanos: Manuel Abad y Queipo y fray Antonio de San Miguel, núm. 19, 1995, pp. 279-341.
TRASLOSHEROS HERNÁNDEZ, Jorge E.,

Por Dios y por su Rey: Las Ordenanzas de fray Marcos Ramírez de Prado para el obispado de Michoacán, 1642, núm. 16, 1992, pp. 405-439.
TRASLOSHEROS PERALTA, Carlos,
Un nuevo procedimiento civil para el Distrito Federal, núm. 11, 1987, pp. 515-523.
Las nulidades en el proceso civil, núm. 12, 1988, pp. 303-321.
TREVIÑO, Julio C.,
El arbitraje comercial internacional: un recurso para América Latina, núm. 12, 1988, pp. 323-349.
TRILLO HERNÁNDEZ, Benjamín,
Últimas consideraciones constitucionales del maestro don Felipe Tena Ramírez y observaciones al artículo 89, fracción X, de nuestra Constitución, núm. 19, 1995, pp. 575-584.
TORREBLANCA SENTÍES, José Manuel,
Las controversias del orden familiar, núm. 20, 1996, pp. 777-795.
URSÚA-COCKE, Eugenio,
La legislación pesquera y del mar en México y en el mundo, núm. 12, 1988, pp. 351-384.
---------- y MACPHERSON, William P.,
El papel del abogado en México, núm. 14, 1990, pp. 419-464.
Drug traffic, Law and International Relations, núm. 18, 1994, pp. 275-300.
VALDÉS S., Clemente. *Ver* JOLOWICZ, J.A.
VARGAS, Jorge A.,
El renacimiento de la Suprema Corte de México: evaluación de la reforma judicial del presidente Zedillo de 1995, traducción de SERRATO COMBE, Josette, núm. 20, 1996, pp. 603-652.
VÁZQUEZ, Rodolfo,
Estado de Derecho y corrupción (compromisos para un universitario), núm. 20, 1996, pp. 833-842.
VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro,

Algunas reflexiones sobre la Constitución mexicana, a la luz de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos en que México es parte, núm. 11, 1987, pp. 525-553.
Algunas reformas hechas al Código Civil del Distrito Federal de México, núm. 18, 1994, pp. 301-331.

VELA MARTÍNEZ, Sergio,
In Memoriam: Don Sergio Vela Treviño, núm. 17, 1993, pp. 543-546.

VELA TREVIÑO, Sergio,
Algunas reflexiones acerca de la crisis de la administración de justicia penal, núm. 12, 1988, pp. 385-437.
Los delitos contra la familia, núm. 17, 1993, pp. 293-317.

VILLALÓN ESQUERRO, Francisco Javier,
La supresión total de testigos en el testamento público abierto, núm. 18, 1994, pp. 333-348.

VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel,
Una aproximación a la pedagogía jurídica, núm. 13, 1989, pp. 415-464.
Para llegar a ser abogado... Perfil vocacional, laboral y de actitud hacia el estudio, de los alumnos de la Escuela Libre de Derecho, núm. 14, 1990, pp. 595-635.
Justo Sierra: abogado de la dictadura, núm. 16, 1992, pp. 441-479.

VILLORO TORANZO, Miguel,
Las diversas escuelas positivistas del derecho, núm. 12. 1988, pp. 439-451.
Moral y derecho, núm. 13, 1989, pp. 465-497.
Los principios doctrinales del derecho, núm. 14, 1990, pp. 465-474.

VON WOBESER, Gisela,
La "consolidación de los vales reales" en la Nueva España, analizada en el marco de la política desamortizadora de los borbones 1804-1809, núm. 20, 1996, pp. 653-673.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo F.,
El juicio de amparo a la luz de la moderna justicia constitucional, núm. 15, 1991, pp. 319-347.

La nueva Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, núm. 16, 1992, pp. 531-575.
La defensa de la Constitución en el pensamiento de Manuel Herrera y Lasso, núm. 17, 1993, pp. 319-339.

ZAVALA, Silvio,
Comentario sobre la historia del derecho en México, núm. 12, 1988, pp. 565-572. Respuesta al discurso de Andrés Lira, núm. 13, 1989, pp. 703-708.

II. ÍNDICE POR DISCIPLINAS

II.1 *Filosofía, Introducción y Teoría General del Derecho*

ADAME GODDARD, Jorge,
Metafísica para juristas, núm. 18, 1994, pp. 9-32.

ALCÁNTARA SORIA, Juan Miguel,
El principio de causalidad y el derecho, núm. 11, 1987, pp. 23-42.

ALESSIO ROBLES, Miguel,
Dualidad: derechos reales y personales, núm. 14, 1990, pp. 33-63.

ÁLVAREZ DE MORALES, Antonio,
La influencia de la Escuela Suiza del Derecho Natural en la formación de la doctrina sobre los Derechos del Hombre en España, núm. 16, 1992, pp. 35-48.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier,
Derechos fundamentales y propiedad: un modelo histórico, núm. 15, 1991, pp. 25-49.

ARELLANO GARCÍA, Carlos,
Normas mínimas en la ética de la abogacía, núm. 12, 1988, pp. 551-555.

BEUCHOT, Mauricio,
Sobre el derecho a la vida, el aborto y el proceso inicial de la vida humana: reflexiones filosóficas, núm. 15, 1991, pp. 349-356.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio,
Derecho y Justicia en los profetas de Israel del siglo VIII, núm. 11, 1987, pp. 171-188.

Puntos fundamentales para el uso alternativo del derecho, núm. 12, 1988, pp. 295-301.
Esbozo de algunas teorías marxistas del derecho, núm. 13, 1989, pp. 157-195.
La concepción de los derechos humanos en Alonso de la Veracruz, núm. 20, 1996, pp. 555-601.

DÍAZ Y DÍAZ, Martín,
Weber y Ross: dos aproximaciones a la realidad del derecho, núm. 19, 1995, pp. 49-118.
Hart y Raz: el derecho como fenómeno institucional, núm. 20, 1996, pp. 85-154.

ESTRADA SÁMANO, Rafael,
Las relaciones Iglesia-Estado: aspectos jurídico-filosóficos, núm. 15, 1991, pp. 223-244.

HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
La lógica y la ética del abogado, núm. 13, 1989, pp. 341-358.

MIER Y TERÁN, Salvador,
Noción ontológica, jurídica y formal de la persona humana y el derecho a la vida, núm. 15, 1991, pp. 393-447.

OROPEZA Y SEGURA, Mauricio A.,
Reflexiones en torno a la profesión de abogado y a la Escuela Libre de Derecho, núm. 11, 1987, pp. 817-826.

RODRÍGUEZ DEL POZO-ÁLVAREZ, Pablo A.,
La determinación de la muerte: problemas morales y jurídicos, núm. 15, 1991, pp. 515-562.

URSÚA-COCKE, Eugenio y MACPHERSON, William P.,
El papel del abogado en México, núm. 14, 1990, pp. 419-464.

VILLORO TORANZO, Miguel,
Las diversas escuelas positivistas del derecho, núm. 12, 1988, pp. 439-451.
Moral y derecho, núm. 13, 1989, pp. 465-497.
Los principios doctrinales del derecho, núm. 14, 1990, pp. 465-474.

II.2 *Historia del Derecho y del pensamiento jurídico*

ADAME GODDARD, Jorge,
Agustín Rodríguez, como abogado postulante, núm. 17, 1993, pp. 9-32.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier,
Derechos fundamentales y propiedad: un modelo histórico, núm. 15, 1991, pp. 25-49.

BONILLA LÓPEZ, Miguel,
Un anarquista teoriza sobre el amparo judicial: Antonio Díaz Soto y Gama en 1906, núm. 18, 1994, pp. 77-105.

BRAVO LIRA, Bernardino,
El Estado Constitucional en Hispanoamérica 1920-1990: Entre el deterioro y la transformación, núm. 15, 1991, pp. 73-85.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León,
Evaluación de la administración pública federal mexicana: su evolución a partir del México independiente hasta 1976, núm. 13, 1989, pp. 97-156.

DE ICAZA DUFOUR, Francisco,
De la libertad y capacidad del indígena, núm. 17, 1993, pp. 33-44.
De los abogados y su celestial patronazgo, núm. 19, 1995, pp. 503-541.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio,
Derecho y Justicia en los profetas de Israel del siglo VIII, núm. 11, 1987, pp. 171-188.
El uso de la bula *Inter Cetera* por Bartolomé de las Casas, núm. 14, 1990, pp. 75-109.
Derechos de los pueblos indios: desde la Nueva España hasta la modernidad, núm. 15, 1991, pp. 117-144.
La relación Estado/Iglesia en la historia jurídica de México, núm. 16, 1992, pp. 481-505.
La influencia de las juntas apostólicas novohispanas en el derecho protector de los indios, núm. 19, 1995, pp. 547-574.
La concepción de los derechos humanos en Alonso de la Veracruz, núm. 20, 1996, pp. 555-601.

DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
Pablo Macedo: orden y abogacía en un "científico", núm. 12, 1988, pp. 19-47.
Derecho de juristas: un tema ignorado por la historiografía jurídica mexicana, núm. 15, 1991, pp. 145-166.
Un ignorado jurista michoacano: Antonio Florentino Mercado, núm. 16, 1992, pp. 143-174.
La renovación de la Historia General del Derecho en la Escuela Libre de Derecho: su sentido romanista, núm. 17, 1993, pp. 59-70.
Una nueva lectura del Plan de Iguala, núm. 18, 1994, pp. 45-75.
Los años del estudiante Felipe Tena Ramírez en la Escuela Libre de Derecho, núm. 19, 1995, pp. 343-382.
Ley y verdad histórica: el caso de Agustín de Iturbide, núm. 20, 1996, pp. 9-63.
DÍAZ Y DÍAZ, Martín,
Rabasa y Molina Enríquez: un diálogo autoritario en el origen de la Constitución, núm. 13, 1989, pp. 227-287.
DIEGO FERNÁNDEZ, Rafael,
La Constitución y la tiranía: un proyecto constitucional razonado de José Diego Fernández Torres, núm. 17, 1993, pp. 139-197.
FERNÁNDEZ DELGADO, Miguel Ángel,
Influencia de la *Utopía* de Tomás Moro en el pensamiento colonizador español, 1532-1647, núm. 19, 1995, pp. 455-501.
GONZÁLEZ, Isidro,
Cuatro abogados centroamericanos en el México decimonónico, núm. 20, 1996, pp. 335-369.
GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan,
Notas en torno a la historia de la legislación sobre bancos en México, núm. 12, 1988, pp. 141-175.
GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel,
La Constitución de 1857, núm. 13, 1989, pp. 289-325.
Las reformas de Estado y la permanencia de la Iglesia, núm. 16, 1992, pp. 507-515.
GUEVARA SANGINÉS, María,

En torno al problema de la legislación sobre la abolición de la esclavitud en el Guanajuato independiente, núm. 19, 1995, pp. 149-167.
HUERTA ORTIZ, Verónica,
Pablo Macedo y la promoción de la cultura jurídica, núm. 18, 1994, pp. 163-193.
LEVAGGI, Abelardo,
Aplicación de la política española de tratados a los indios de la Nueva España y sus confines: el caso de la Luisiana y las Floridas (1781-1790), núm. 20, 1996, pp. 371-403.
LIRA, Andrés,
El derecho y la historia social, núm. 13, 1989, pp. 691-703.
MARTÍNEZ ROSALES, Alfonso,
La protección jurídica de las personas y la ausencia de monjas en San Luis Potosí. 1592-1866, núm. 18, 1994, pp. 195-215.
MAYAGOITIA, Alejandro,
Notas para el estudio de los impresos jurídicos novohispanos, núm. 14, 1990, pp. 261-288.
ORTIZ ESCAMILLA, Juan,
Calleja, el gobierno de la Nueva España y la Constitución de 1812, núm. 20, 1996, pp. 405-447.
SÁNCHEZ BELLA, Ismael,
El derecho indiano hasta Felipe II, núm. 16, 1992, pp. 393-403.
SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis,
La reforma judicial de 1900, núm. 12, 1988, pp. 281-294.
TENA RAMÍREZ, Felipe,
Orígenes de dos obispos michoacanos: Manuel Abad y Queipo y fray Antonio de San Miguel, núm. 19, 1995, pp. 279-341.
TRASLOSHEROS HERNÁNDEZ, Jorge E.,
Por Dios y por su Rey: Las Ordenanzas de fray Marcos Ramírez de Prado para el obispado de Michoacán. 1642, núm. 16, 1992, pp. 405-439.
VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel,

justo Sierra: abogado de la dictadura, núm. 16, 1992, pp. 441-479.

VON WOBESER, Gisela,
La "consolidación de los vales reales" en la Nueva España, analizada en el marco de la política desamortizadora de los borbones 1804-1809, núm. 20, 1996, pp. 653-673.

ZAVALA, Silvio,
Comentario sobre la historia del derecho en México, núm. 12, 1988, pp. 565-572.
Respuesta al discurso de Andrés Lira [sobre el derecho y la historia social], núm. 13, 1989, pp. 703-708.

II.3 *Derecho romano*

ADAME GODDARD, Jorge,
El poseedor que vendió bienes de la herencia, núm. 11, 1987, pp. 11-22.
Sobre los caminos públicos: comentario al título 1, 14 de las Sentencias de Paulo, núm. 12, 1988, pp. 9-17.
El derecho romano como jurisprudencia, núm. 15, 1991, pp. 9-24.

CATALANO, Pierangelo
Identidad jurídica de América Latina: Derecho Romano y Sistema Latinoamericano, núm. 15, 1991, pp. 101-116.

DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
La renovación de la Historia General del Derecho en Escuela Libre de Derecho: su sentido romanista, núm. 17, 1993, pp. 59-70.

GONZÁLEZ ROLDÁN, Yuri,
Las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, núm. 19, 1995, pp. 169-183.
La *in iure cessio hereditatis*, núm. 20, 1996, pp. 277-333.

II.4 *Derecho internacional público y política internacional*

CAMACHO Y DE CIRIA, Manuel,
El llamado "nuevo orden mundial de la información y la comunicación", núm. 12, 1988, pp. 471-488.

DURIEUX, Jean-François,
Creación de un derecho del refugiado: las experiencias recientes de México y Belice, núm. 15, 1991, pp. 357-392.

GARCÍA MORENO, Víctor Carlos,
Breve análisis de la Ley Simpson-Rodino, núm. 12, 1988, pp. 117-132.

PRADO NUÑEZ, Antonio,
Debe revisarse nuevamente la tesis de la no-extradición de nacionales, núm. 16, 1992, pp. 619-628.

GÓMEZ CUEVAS, Efraín,
Moratoria: sus bases jurídicas se encuentran en el plan Brady, núm. 13, 1989, pp. 683-690.

ORTIZ AHLF, Loretta,
Los guatemaltecos: ¿asilados, refugiados o desplazados?, núm. 11, 1987, pp. 327-344.
Responsabilidad individual por los crímenes de guerra y lesa humanidad, núm. 15, 1991, pp. 275-286.

OSCÓS SAÍD, Gisela A.,
Nuremberg, 45 años después (Apuntes para un *Ius postbellum*), núm. 14, 1990, pp. 333-377.

PALMA, José-Augusto,
La no devolución de los refugiados: principio protector de la vida humana, núm. 15, 1991, pp. 499-514.

RUIZ DE SANTIAGO, Jaime,
El derecho internacional de los refugiados: características y desarrollo en América Latina, núm. 16, 1992, pp. 361-391.

SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J.,
Análisis constitucional de la Ley sobre la Celebración de Tratados, núm. 18, 1994, pp. 237-258.

URSÚA-COCKE, Eugenio,
La legislación pesquera y del mar en México y en el mundo, núm. 12, 1988, pp. 351-384.

---------- y MACPHERSON, William P.,
Drug traffic, Law and International Relations, núm. 18, 1994, pp. 275-300.

VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro,
Algunas reflexiones sobre la Constitución mexicana, a la luz de algunos tratados internacionales sobre derechos

humanos en que México es parte, núm. 11, 1987, pp. 525-553.

II.5 *Derecho internacional privado*

ADAME GODDARD, Jorge,
La Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, núm. 13. 1989, pp. 499-676.
Reglas de interpretación sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, núm. 14, 1990, pp. 9-31.

ARRIGUNAGA, Javier,
Algunas consideraciones en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, núm. 15, 1991, pp. 51-71.

BRITO MONCADA, Javier Ramón,
La inmunidad jurisdiccional de los estados, núm. 12, 1988, pp. 49-64.

DÍAZ, Luis Miguel,
Promoción internacional de la inversión extranjera: el MIGA, núm. 14, 1990, pp. 475-524.

---------- y GARZA, Antonio
Los mecanismos para la solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, núm. 17, 1993, pp. 71-94.

GARCÍA MORENO, Víctor Carlos,
Breve análisis de la Ley Simpson-Rodino, núm. 12, 1988, pp. 117-132.

HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
Los derechos de los extranjeros en materia de responsabilidad civil extracontractual, núm. 16, 1992, pp. 251-270.

PÉREZ MIRANDA, Rafael,
La inversión extranjera directa, núm. 14, 1990, pp. 545-584.
Marco jurídico internacional del nuevo régimen de la inversión extranjera en México, núm. 18, 1994, pp. 428-459.

PÉREZ ROBLES, Arturo,
Los precios de transferencia en el derecho mexicano, núm. 18, 1994, pp. 217-236.

PRADO NUÑEZ, Antonio,
Debe revisarse nuevamente la tesis de la no-extradición de nacionales, núm. 16, 1992, pp. 619-628.

RANGEL ORTIZ, Horacio,
El régimen internacional de las indicaciones geográficas: denominaciones de origen e indicaciones de procedencia, núm. 15, 1991, pp. 287-318.

ROMANO MUSSALI, Emilio,
El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la operación aduanera en México, núm. 17, 1993, pp. 515-527.
Convenios internacionales en materia fiscal, núm. 18, 1994, pp. 481-485.

SCHMIDT, Luis C.,
Computer Software and the North American Free Trade Agreement: Will Mexican Law Represent a Trade Barrier?, núm. 17, 1993, pp. 459-494.

SIQUEIROS, José Luis,
La adopción internacional de menores, núm. 17, 1993, pp. 529-540.

TREVIÑO, Julio C.,
El arbitraje comercial internacional: un recurso para América Latina, núm. 12, 1988, pp. 323-349.

II.6 *Derecho comparado y Derecho extranjero*

ADAME GODDARD, Jorge,
Relaciones entre el Tratado de Libre Comercio y la legislación mexicana, núm. 16, 1992, pp. 9-33.

ÁLVAREZ DE MORALES, Antonio,
La influencia de la Escuela Suiza del Derecho Natural en la formación de la doctrina sobre los Derechos del Hombre en España, núm. 16, 1992, pp. 35-48.
Seguridad jurídica y derecho del Estado en la codificación civil española, núm. 18, 1994, pp. 33-43.

ARCE GARGOLLO, Eduardo,
La nueva codificación del Derecho canónico, núm. 11, 1987, pp. 83-95.

BARROSO MONTERO, Susana,
La protección de las obras mexicanas en los Estados Unidos de América, núm. 14, 1990, pp. 65-74.
BERCAW, C. Christopher,
El TLC, ¿un tratado de libre inversión?, núm. 18, 1994, pp. 373-425.
BRAVO LIRA, Bernardino,
El Estado Constitucional en Hispanoamérica 1920-1990: Entre el deterioro y la transformación, núm. 15, 1991, pp. 73-85.
CASTRO, Juventino V.,
El amparo de la libertad frente al "habeas corpus", núm. 15, 1991, pp. 87-99.
CATALANO, Pierangelo
Identidad jurídica de América Latina: Derecho Romano y Sistema Latinoamericano, núm. 15, 1991, pp. 101-116.
DÁVALOS HENRÍQUEZ, Héctor,
Reflexiones sobre el derecho a la información en América Latina, núm. 12, 1988, pp. 499-509.
DÍAZ Y DÍAZ, Martín,
Tres contextos nacionales para la expropiación forzosa: Argentina, España y México, núm. 16, 1992, pp. 175-250.
EBKE, Werner F. y DE LA GARZA, Martín Antonio
Por un sistema uniforme de responsabilidad del auditor en la administración de justicia europea, núm. 18, 1994, pp. 349-372.
FERNÁNDEZ DELGADO, Miguel Ángel,
Breve análisis de los subtipos societarios de las empresas del grupo Petróleos Mexicanos Internacional, núm. 18, 1994, pp. 461-472.
JOLOWICZ, J.A.
Naturaleza y carácter del proceso civil: la experiencia inglesa, traducción de VALDÉS S., Clemente, núm. 17, 1993, pp. 221-238.
MOGUEL CABALLERO, Manuel,
La responsabilidad civil extracontractual de la administración pública italiana y de sus funcionarios y dependientes, núm. 12, 1988, pp. 211-239.

PIANTINO, Yves Patrick
Ejecución de sentencias judiciales extranjeras en materia civil y comercial en México y en Suiza: una comparación de los requisitos legales, núm. 20, 1996, pp. 449-465.
RANGEL MEDINA, David,
Las marcas en el derecho soviético, núm. 11, 1987, pp. 417-429.
RANGEL ORTIZ, Horacio,
El agotamiento del derecho de patente en el derecho comparado y en el derecho mexicano, núm. 17, 1993, pp. 411-458.
URSÚA-COCKE, Eugenio,
La legislación pesquera y del mar en México y en el mundo, núm. 12, 1988, pp. 351-384.

II.7 *Ciencia política*

CASCAJO CASTRO, José Luis,
Partidos políticos y Constitución: Notas sobre el control de los partidos, núm. 16, 1992, pp. 49-76.
DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio,
La relación Estado/Iglesia en la historia jurídica de México, núm. 16, 1992, pp. 481-505.
Puntos para el diálogo. La insurrección del EZLN y la juridicidad, núm. 18, 1994, pp. 259-274.
ESTRADA SÁMANO, Rafael,
Las relaciones Iglesia-Estado: aspectos jurídico-filosóficos, núm. 15, 1991, pp. 223-244.
GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel,
Las reformas de Estado y la permanencia de la Iglesia, núm. 16, 1992, pp. 507-515.
MARCOS, Patricio,
La cuestión democrática, núm. 14, 1990, pp. 585-594.
PADILLA GONZÁLEZ, Bonifacio,
Democracia (reflexiones en torno a Sartori), núm. 19, 1995, pp. 235-251.

II.8 *Derecho constitucional*

AGUILAR ÁLVAREZ DE ALBA, Horacio,
El control de las leyes en el nuevo marco constitucional y legal, núm. 13, 1989, pp. 9-47.
Breves reflexiones en torno a las reformas constitucionales de los artículos 3o., 5o., 24, 27 y 130, núm. 16, 1992, pp. 577-598.
ARELLANO GARCÍA, Carlos,
La fórmula Otero y amparo contra leyes, núm. 11, 1987, pp. 113-129.
BONILLA LÓPEZ, Miguel,
Un anarquista teoriza sobre el amparo judicial: Antonio Díaz Soto y Gama en 1906, núm. 18, 1994, pp. 77-105.
BORBOLLA RIVERO, Juan de la,
Régimen jurídico de la profesión periodística, núm. 12, 1988, pp. 453-469.
BRAVO LIRA, Bernardino,
El Estado Constitucional en Hispanoamérica 1920-1990: Entre el deterioro y la transformación, núm. 15, 1991, pp. 73-85.
CASCAJO CASTRO, José Luis,
Partidos políticos y Constitución: Notas sobre el control de los partidos, núm. 16, 1992, pp. 49-76.
CASTELLANOS LÓPEZ, José de Jesús,
Evolución jurídica del derecho a la información en México, núm. 12, 1988, pp. 489-497.
CASTRO, Juventino V.,
La alta competencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de amparo, núm. 11, 1987, pp. 165-170.
Todavía más sobre la "fórmula Otero", núm. 12, 1988, pp. 65-77.
La procuración de justicia, núm. 13, 1989, pp. 85-95.
El amparo de la libertad frente al "habeas corpus", núm. 15, 1991, pp. 87-99.
Responsabilidades de los servidores públicos, núm. 19, 1995, pp. 383-405.
CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel,

Notas sobre los límites de los reglamentos del poder ejecutivo federal en el derecho mexicano, núm. 20, 1996, pp. 65-83.
DÁVALOS HENRÍQUEZ, Héctor,
Reflexiones sobre el derecho a la información en América Latina, núm. 12, 1988, pp. 499-509.
DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio,
Puntos para el diálogo. La insurrección del EZLN y la juridicidad, núm. 18, 1994, pp. 259-274.
DESANTES-GUANTER, José Ma.,
El derecho a la información en el contexto de los derechos humanos, núm. 12, 1988, pp. 511-549.
DÍAZ Y DÍAZ, Martín,
Proceso constitucional y relaciones de propiedad: Notas para el análisis del caso mexicano, núm. 11, 1987, pp. 189-251.
La expropiación forzosa en el pensamiento jurídico de García de Enterría: contexto, apogeo y desencanto, núm. 12, 1988, pp. 79-115.
Rabasa y Molina Enríquez: un diálogo autoritario en el origen de la Constitución, núm. 13, 1989, pp. 227-287.
Tres contextos nacionales para la expropiación forzosa: Argentina, España y México, núm. 16, 1992, pp. 175-250.
DIEGO FERNÁNDEZ, Rafael,
La Constitución y la tiranía: un proyecto constitucional razonado de José Diego Fernández Torres, núm. 17, 1993, pp. 139-197.
ESTRADA SÁMANO, José Antonio,
Inconstitucionalidad de leyes en la reforma judicial, núm. 19, 1995, pp. 407-434.
ESTRADA SÁMANO, Rafael,
Control preventivo de la constitucionalidad: ¿un consejo constitucional?, núm. 14, 1990, pp. 195-203.
----------y PÉREZ SÁNCHEZ, Rubén F.,
La acción de inconstitucionalidad 1/95 en contra de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, núm. 20, 1996, pp. 155-208.
GAXIOLA MORAILA, F. Jorge y CORTÉS ROCHA, Jaime,

Comentarios al decreto que crea las unidades de inversión (UDIS), núm. 19, 1995, pp. 119-147.

HAMDAN AMAD, Fauzi,

Análisis de las recientes reformas constitucionales en materia de gobierno del Distrito Federal, núm. 12, 1988, pp. 177-193.

Algunas consideraciones en torno a la constitucionalidad de las disposiciones administrativas generales que dictan los órganos de la Administración Pública Federal y sus diferencias con los reglamentos propiamente dichos, núm. 14, 1990, pp. 239-259.

MÉJAN, Luis Manuel C.,

Interpretando la Constitución. Los sofismas de un ministro, núm. 19, 1995, pp. 209-234.

OSCÓS SAÍD, Gisela A.,

La Comisión Nacional de Derechos Humanos: Ensayo filantrópico o técnica legitimadora, núm. 16, 1992, pp. 271-299.

PÉREZ DE ACHA, Luis Manuel,

El artículo 29 de la Constitución Federal, núm. 11, 1987, pp. 345-387.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón,

Los derechos humanos y la legislación mexicana, núm. 12, 1988, pp. 267-279.

El nuevo artículo 3o. y los derechos humanos, núm. 16, 1992, pp. 517-530.

SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J.,

Reformas constitucionales en materia de derechos humanos, núm. 17, 1993, pp. 259-282.

Análisis constitucional de la Ley sobre la Celebración de Tratados, núm. 18, 1994, pp. 237-258.

Supervivencia del principio de división de órganos de poder en nuestra Constitución, a raíz de las innovaciones que se han incorporado a su texto o que se han establecido a nivel legislativo, núm. 19, 1995, pp. 253-276.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis,

Reflexiones para una reforma judicial en México, núm. 17, 1993, pp. 283-292.

SOSA, Beatriz,

Reflexiones en torno a la configuración de la información como derecho, núm. 11, 1987, pp. 501-514.

TRILLO HERNÁNDEZ, Benjamín,

Últimas consideraciones constitucionales del maestro don Felipe Tena Ramírez y observaciones al artículo 89, fracción X, de nuestra Constitución, núm. 19, 1995, pp. 575-584.

VARGAS, Jorge A.,

El renacimiento de la Suprema Corte de México: evaluación de la reforma judicial del presidente Zedillo de 1995, traducción de SERRATO COMBE, Josette, núm. 20, 1996, pp. 603-652.

VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro,

Algunas reflexiones sobre la Constitución mexicana, a la luz de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos en que México es parte, núm. 11, 1987, pp. 525-553.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo F.,

El juicio de amparo a la luz de la moderna justicia constitucional, núm. 15, 1991, pp. 319-347.

La defensa de la Constitución en el pensamiento de Manuel Herrera y Lasso, núm. 17, 1993, pp. 319-339.

II.9 *Derecho administrativo*

BONIFAZ MOLINA, Carlos Alfredo,

Comentarios al decreto de Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro y su proyecto de reglamento, núm. 20, 1996, pp. 797-813.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León,

Evaluación de la administración pública federal mexicana: su evolución a partir del México independiente hasta 1976, núm. 13, 1989, pp. 97-156.

Cavilaciones 1992 sobre derecho de las finanzas y de la administración pública, núm. 16, 1992, pp. 77-142.

DÍAZ Y DÍAZ, Martín,

¿Es oportuna una teoría sobre el *dominio público* en México?, núm. 15, 1991, pp. 167-222. ESTRADA SÁMANO, Rafael, y PÉREZ SÁNCHEZ, Rubén F.,
La acción de inconstitucionalidad 1/95 en contra de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, núm. 20, 1996, pp. 155-208
HAMDAN AMAD, Fauzi,
Análisis de las recientes reformas constitucionales en materia de gobierno del Distrito Federal, núm. 12, 1988, pp. 177-193.
Naturaleza jurídica y diferencias entre las llamadas comisiones intersecretariales y los órganos de administración con competencia funcional propia, núm. 13, 1989, pp. 327-340.
Algunas consideraciones en torno a la constitucionalidad de las disposiciones administrativas generales que dictan los órganos de la Administración Pública Federal y sus diferencias con los reglamentos propiamente dichos, núm. 14, 1990, pp. 239-259.
HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
Notas sobre la administración de justicia en México, núm. 18, 1994, pp. 473-480.
MOGUEL CABALLERO, Manuel,
La responsabilidad civil extracontractual de la administración pública italiana y de sus funcionarios y dependientes, núm. 12, 1988, pp. 211-239.
RAMÍREZ MEDRANO, Raúl,
Consideraciones sobre la tutela jurídica de la licitación pública, núm. 11, 1987, pp. 389-415.
SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J.,
Propuesta para la reforma del tribunal fiscal de la Federación en Tribunal Federal Administrativo de plena jurisdicción, núm. 20, 1996, pp. 467-511.
SERRATO COMBE, Josette,
La regulación del gas natural en México, núm. 20, 1996, pp. 513-554.
ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo F.,

La nueva Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, núm. 16, 1992, pp. 531-575.

II.10 *Derecho fiscal*

BRAVO FORTOUL, Mauricio,
La unidades de inversión y sus aspectos fiscales, núm. 19, 1995, pp. 29-47.
GAXIOLA MORAILA, F. Jorge y CORTÉS ROCHA, Jaime,
Comentarios al decreto que crea las unidades de inversión (UDIS), núm. 19, 1995, pp. 119-147.
GONZÁLEZ, Eusebio,
La moderna rehabilitación de ciertas formas de imposición indirecta: especial referencia a los problemas que suele plantear la introducción del I.V.A., núm. 15, 1991, pp. 245-273.
JIMÉNEZ ILLESCAS, Juan Manuel,
Algunas consideraciones sobre la regulación fiscal del fideicomiso en México, núm. 11, 1987, pp. 285-303.
PÉREZ ROBLES, Arturo,
Los precios de transferencia en el derecho mexicano, núm. 18, 1994, pp. 217-236.
ROMANO MUSSALI, Emilio,
Convenios internacionales en materia fiscal, núm. 18, 1994, pp. 481-485.
SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J.,
Propuesta para la reforma del tribunal fiscal de la Federación en Tribunal Federal Administrativo de plena jurisdicción, núm. 20, 1996, pp. 467-511.

II.11 *Derecho económico*

PÉREZ MIRANDA, Rafael,
La comercialización (transferencia) de tecnología, núm. 16, 1992, pp. 301-326.
SCHMIDT, Luis C.,

Computer Software and the North American Free Trade Agreement: Will Mexican Law Represent a Trade Barrier?, núm. 17, 1993, pp. 459-494.

SERRATO COMBE, Josette,
La regulación del gas natural en México, núm. 20, 1996, pp. 513-554.

II.12 *Derecho penal y Ciencias penales*

BUNSTER, Álvaro,
En torno de la imputabilidad penal, núm. 11, 1987, pp. 131-149.

GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl,
El delito de homicidio en razón del parentesco o relación: artículo 323 del Código Penal del Distrito Federal: desaparición del parricidio y del infanticidio, núm. 20, 1996, pp. 753-761.

MICHAUS ROMERO, Martín,
Los ilícitos penales en la propiedad industrial, núm. 17, 1993, pp. 341-376.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto,
El derecho a la vida y el aborto, núm. 15, 1991, pp. 489-497.

VELA TREVIÑO, Sergio,
Los delitos contra la familia, núm. 17, 1993, pp. 293-317.

II.13 *Derecho civil*

ALESSIO ROBLES, Miguel,
Derechos preferenciales en Derecho mexicano, núm. 11, 1987, pp. 43-81.
Notas para la regulación de la tenencia de la tierra en el Distrito Federal, núm. 13, 1989, pp. 49-83.

ARCE GARGOLLO, Javier,
Las servidumbres, núm. 11, 1987, pp. 97-111.

GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VALLE, Emilio,
El contrato: su motivo o fin y la frustración de dicho motivo o fin, núm. 15, 1991, pp. 569-581.

HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
Los derechos de los extranjeros en materia de responsabilidad civil extracontractual, núm. 16, 1992, pp. 251-270.

LÓPEZ MONROY, José de Jesús,
El derecho del tanto como derecho real, núm. 11, 1987, pp. 319-326.

MÉJAN, Luis Manuel C.,
Apuntes para una teoría del contrato, núm. 20, 1996, pp. 815-832.

MIER Y TERÁN, Salvador,
El matrimonio como negocio jurídico, núm. 14, 1994, pp. 289-312.

OSCÓS SAÍD, Gisela A.,
Donación de órganos: la búsqueda incierta de la inmortalidad, núm. 15, 1991, pp. 449-487.

RODRÍGUEZ DEL POZO-ÁLVAREZ, Pablo A.,
La determinación de la muerte: problemas morales y jurídicos, núm. 15, 1991, pp. 515-562.

RUIZ DAZA, Manuel,
La regulación de bienes entre esposos, núm. 11, 1987, pp. 453-500.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón,
En torno a las obligaciones pecuniarias, núm. 14, 1990, pp. 379-418.
Matrimonio y divorcio, núm. 20, 1996, pp. 763-776.

VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro,
Algunas reformas hechas al Código Civil del Distrito Federal de México, núm. 18, 1994, pp. 301-331.

VILLALÓN ESQUERRO, Francisco Javier,
La supresión total de testigos en el testamento público abierto, núm. 18, 1994, pp. 333-348.

II.14 *Derecho notarial*

RÍOS HELLIG, Jorge,
La función notarial en el Distrito Federal y su importancia frente a la creación y transformación del derecho, núm. 17, 1993, pp. 239-258.

II.15 *Derecho mercantil*

ARCE GARGOLLO, Javier,
Contratos mercantiles asociativos, núm. 19, 1995, pp. 9-27.
FERNÁNDEZ DELGADO, Miguel Ángel,
Breve análisis de los subtipos societarios de las empresas del grupo Petróleos Mexicanos Internacional, núm. 18, 1994, pp. 461-472.
GAXIOLA MORAILA, F. Jorge y CORTÉS ROCHA, Jaime,
Comentarios al decreto que crea las unidades de inversión (UDIS), núm. 19, 1995, pp. 119-147.
GÓMEZ GORDOA, José,
La institución jurídica del seguro en México, núm. 12, 1988, 133-140.
El derecho mercantil moderno, núm. 15, 1991, pp. 623-634.
LOZANO ALARCÓN, Gerardo,
Algunas consideraciones jurídicas sobre el factoraje financiero, núm. 19, 1995, pp. 185-207.
McKNIGHT, John B. y MÜGGENBURG R.V., Carlos,
Liberalización del régimen legal de las franquicias en México, núm. 14, 1990, pp. 525-543.
El nuevo régimen de la propiedad intelectual en México: la protección de la propiedad industrial, los derechos de autor, las licencias y las franquicias en México, núm. 17, 1993, pp. 377-409.
MANZANERO ESCUTIA, Francisco Xavier,
Sociedades Clasificadoras, núm. 12, 1988, pp. 195-210.
Algunas reflexiones en torno a las operaciones de remolque, núm. 13, 1989, pp. 359-374.
MICHAUS ROMERO, Martín,
Los ilícitos penales en la propiedad industrial, núm. 17, 1993, pp. 341-376.
PAZOS, Luis,
Crítica a la Ley de Instituciones de Crédito, núm. 15, 1991, pp. 583-591.
PIANTINO, Yves Patrick
Ejecución de sentencias judiciales extranjeras en materia civil y comercial en México y en Suiza: una comparación de los requisitos legales, núm. 20, 1996, pp. 449-465.
RANGEL MEDINA, David,
Las marcas en el derecho soviético, núm. 11, 1987, pp. 417-429.
RANGEL ORTIZ, Horacio,
Evaluación del sistema de patentes, núm. 11, 1987, pp. 431-451.
Las patentes en México: evolución y sistema actual, núm. 12, 1988, pp. 241-265.
----------, y GÓMEZ VEGA, Bernardo,
La situación jurídica de los inventos farmacéuticos, núm. 14, 1990, pp. 205-238.
El régimen internacional de las indicaciones geográficas: denominaciones de origen e indicaciones de procedencia, núm. 15, 1991, pp. 287-318.
La extensión de la protección y la inversión de la carga de la prueba en las patentes de procedimiento, núm. 16, 1992, pp. 327-359.
El agotamiento del derecho de patente en el derecho comparado y en el derecho mexicano, núm. 17, 1993, pp. 411-458.

II.16 *Derecho del trabajo*

COLÍN PIANA, Roberto,
Legislación laboral ¿año 2000?, núm. 16, 1992, pp. 599-612.

II.17 *Derecho bancario*

GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan,
Notas en torno a la historia de la legislación sobre bancos en México, núm. 12, 1988, pp. 141-175.
GÓMEZ GORDOA, José,
Algunos aspectos de nuestras nuevas disposiciones legales en materia bancaria, núm. 11, 1987, pp. 305-317.

II.18 *Derecho procesal civil*

BARRERA CRISTIANI, María Fernanda,
Presunción de paternidad y tutela judicial efectiva, núm. 20, 1996, pp. 675-751.
JOLOWICZ, J.A.,
Naturaleza y carácter del proceso civil: la experiencia inglesa, traducción de VALDÉS S., Clemente, núm. 17, 1993, pp. 221-238.
PIANTINO, Yves Patrick,
Ejecución de sentencias judiciales extranjeras en materia civil y comercial en México y en Suiza: una comparación de los requisitos legales, núm. 20, 1996, pp. 449-465.
TRASLOSHEROS PERALTA, Carlos,
Un nuevo procedimiento civil para el Distrito Federal, núm. 11, 1987, pp. 515-523.
Las nulidades en el proceso civil, núm. 12, 1988, pp. 303-321.
TORREBLANCA SENTÍES, José Manuel,
Las controversias del orden familiar, núm. 20, 1996, pp. 777-795.

II.19 *Derecho procesal penal*

PRADO NUÑEZ, Antonio,
Debe revisarse nuevamente la tesis de la no-extradición de nacionales, núm. 16, 1992, pp. 619-628.
VELA TREVIÑO, Sergio,
Algunas reflexiones acerca de la crisis de la administración de justicia penal, núm. 12, 1988, pp. 385-437.

II.20 *Derecho procesal administrativo*

SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J.,
Propuesta para la reforma del tribunal fiscal de la Federación en Tribunal Federal Administrativo de plena jurisdicción, núm. 20, 1996, pp. 467-511.

II.21 *Economía y Sociología*

DÍAZ Y DÍAZ, Martín,
Émile Durkheim: el derecho como moral especializada, núm. 17, 1993, pp. 95-138.
La teoría pura del derecho como sociología involuntaria, núm. 18, 1994, pp. 107-161.
NORIEGA GARCÍA, Pilar,
Seguridad y violencia social: los motivos de una sociedad temerosa, núm. 14, 1990, pp. 313-331.

III. ÍNDICE DE SECCIONES MONOGRÁFICAS

LA CONVENCIÓN SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS, núm. 13, 1989, pp. 499-676.
Adame Goddard, Jorge,
La Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.
Introducción a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.
Ámbito de aplicación de la Convención sobre Compraventa.
Internacional de Mercaderías.
Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa-Internacional de Mercaderías (1980)
Convención sobre Representación en la Compraventa Internacional de Mercaderías
Convención sobre la Prescripción en matera de Compraventa Internacional de Mercaderías
Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías
Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías
Proyecto de Convención sobre los contratos de Compraventa
Internacional de Mercaderías (1978)

Orientación bibliográfica
DERECHO DE FAMILIA, núm. 20, 1996, pp. 675-795.
Barrera Cristiani, María Fernanda,
Presunción de paternidad y tutela judicial efectiva
González-Salas Campos, Raúl,
El delito de homicidio en razón del parentesco o relación: Artículo 323 del Código Penal del Distrito Federal (desaparición del parricidio y del infanticidio)
Sánchez Medal, Ramón,
Matrimonio y divorcio
Torreblanca Sentíes, José Manuel,
Las controversias del orden familiar
EL DERECHO DE INFORMACIÓN, núm. 12, 1988, pp. 453-549.
Borbolla Rivero, Juan de la,
Régimen jurídico de la profesión periodística
Camacho y de Ciria, Manuel,
El llamado "nuevo orden mundial de la información y la comunicación"
Castellanos López, José de Jesús,
Evolución jurídica del derecho a la información en México
Dávalos Henríquez, Héctor,
Reflexiones sobre el derecho a la información en América Latina
Desantes-Guanter, José Ma.,
El derecho a la información en el contexto de los derechos humanos
ESCUELA LIBRE DE DERECHO, núm. 11, 1987, pp. 555-805.
Del Arenal, Jaime,
La fundación de la Escuela Libre de Derecho: Documentos
HOMENAJE A DON FELIPE TENA RAMÍREZ, núm. 19, 1995, pp. 277-592.
Fernández Valenzuela, Benjamín
Al Señor Ministro jubilado don Felipe Tena Ramírez
Tena Ramírez, Felipe,
Orígenes de dos obispos michoacanos: Manuel Abad y Queipo y fray Antonio de San Miguel
Del Arenal Fenochio, Jaime

Los años del estudiante Felipe Tena Ramírez en la Escuela Libre de Derecho
Castro, Juventino V.,
Responsabilidades de los servidores públicos
Estrada Sámano, Rafael,
Vida, obra y legado de Felipe Tena Ramírez
Fernández Delgado, Miguel Ángel,
Influencia de la *Utopía* de Tomás Moro en el pensamiento colonizador español, 1532-1647
De Icaza Dufour, Francisco,
De los abogados y su celestial patronazgo
Serrano Robles, Arturo,
Agradecimiento de don Felipe Tena Ramírez a la Barra Mexicana-Colegio de Abogados
De la Torre Rangel, Jesús Antonio,
La influencia de las Juntas apostólicas novohispanas en el Derecho protector de los indios
Trillo Hernández, Benjamín,
Últimas consideraciones constitucionales del maestro don Felipe Tena Ramírez y observaciones al artículo 89, fracción X, de nuestra Constitución
Rodríguez Gómez, Jesús,
Recuerdos de Felipe Tena Ramírez
LA INVERSIÓN EXTRANJERA, núm. 14, 1990, pp. 475-584.
Díaz, Luis Miguel,
Promoción internacional de la inversión extranjera: el MIGA
McKnight, John B. y Müggenburg R.V., Carlos,
Liberalización del régimen legal de las franquicias en México
Pérez Miranda, Rafael,
La inversión extranjera directa
PROTECCIÓN JURÍDICA A LA VIDA, núm. 15, 1991, pp. 349-562.
Beuchot, Mauricio,
Sobre el derecho a la vida, el aborto y el proceso inicial de la vida humana: reflexiones filosóficas Durieux, Jean François,

Creación de un derecho del refugiado: las experiencias recientes de México y Belice
Mier y Terán, Salvador
Noción ontológica, jurídica y formal de la persona humana y el derecho a la vida
Oscós Saíd, Gisela,
Donación de órganos: la búsqueda incierta de la inmortalidad
Pacheco, Alberto,
El derecho a la vida y el aborto
Palma, José-Augusto,
La no devolución de los refugiados: principio protector de la vida humana
Rodríguez del Pozo-Álvarez, Pablo A.,
La determinación de la muerte: problemas morales y jurídicos
REFORMAS EN LA RELACIÓN ESTADO / IGLESIA, núm. 16, 1992, pp. 481-575.
De la Torre Rangel, Jesús Antonio,
La relación Estado/Iglesia en la historia jurídica de México
González Oropeza, Manuel,
Las reformas de Estado y la permanencia de la Iglesia
Sánchez Medal, Ramón,
El nuevo artículo 3o. y los derechos humanos
Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo F.,
La nueva Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público
RÉGIMEN ACTUAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, núm. 17, 1993, pp. 341-494.
Michaus Romero, Martín,
Los ilícitos penales en la propiedad industrial
Müggenburg R.V., Carlos, y McKnight, John,
El nuevo régimen de la propiedad intelectual en México: La protección de la propiedad industrial, los derechos de autor, las licencias y las franquicias en México
Rangel Ortíz, Horacio,
El agotamiento del derecho de patente en el derecho comparado y en el derecho mexicano

Schmidt, Luis C.,
Computer Software and the North American Free Trade Agreement: Will Mexican law represent a trade barrier?
TRATADO DE LIBRE COMERCIO, núm. 18, 1994, pp. 373-472.
Bercaw, C. Christopher,
El TLC, ¿un tratado de libre inversión?
Pérez Miranda, Rafael,
El Tratado de Libre Comercio para América del Norte (NAFTA) y la inversión extranjera (México). Marco jurídico internacional del nuevo régimen de la inversión extranjera en México
Fernández Delgado, Miguel Ángel,
Breve análisis de los subtipos societarios de las empresas del grupo Petróleos Mexicanos Internacional

IV. ÍNDICE MISCELÁNEO

IV.1 *Enseñanza e investigación del Derecho*

FERNÁNDEZ DELGADO, Miguel Ángel,
El impacto de la tecnología informática en la práctica y enseñanza de la profesión jurídica, núm. 20, 1996, pp. 209-276.
HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
Reflexiones para los estudiantes, núm. 12, 1988, pp. 557-564.
HUERTA ORTIZ, Verónica,
Pablo Macedo y la promoción de la cultura jurídica, núm. 18, 1994, pp. 163-193.
VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel,
Una aproximación a la pedagogía jurídica, núm. 13, 1989, pp. 415-464.
Para llegar a ser abogado... Perfil vocacional, laboral y de actitud hacia el estudio, de los alumnos de la Escuela Libre de Derecho, núm. 14, 1990, pp. 595-635.

IV.2 *Humanismo y Derecho*

ARELLANO GARCÍA, Carlos,
Normas mínimas en la ética de la abogacía, núm. 12, 1988, pp. 551-555.
DE ICAZA DUFOUR, Francisco,
De los abogados y su celestial patronazgo, núm. 19, 1995, pp. 503-541.
DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio,
Derecho y Justicia en los profetas de Israel del siglo VIII, núm. 11, 1987, pp. 171-188.
Puntos fundamentales para el uso alternativo del derecho, núm. 12, 1988, pp. 295-301.
Uso alternativo de los derechos subjetivos: Derechos humanos como derecho insurgente, núm. 17, 1993, pp. 45-57.
La influencia de las juntas apostólicas novohispanas en el derecho protector de los indios, núm. 19, 1995, pp. 547-574.
La concepción de los derechos humanos en Alonso de la Veracruz, núm. 20, 1996, pp. 555-601.
DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
Los fundamentos de una sociedad injusta, núm. 14, 1990, pp. 111-127.
FERNÁNDEZ DELGADO, Miguel Ángel,
Influencia de la *Utopía* de Tomás Moro en el pensamiento colonizador español, 1532-1647, núm. 19, 1995, pp. 455-501.
HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
La lógica y la ética del abogado, núm. 13, 1989, pp. 341-358.
HUERTA ORTIZ, Verónica,
Pablo Macedo y la promoción de la cultura jurídica, núm. 18, 1994, pp. 163-193.
MAYAGOITIA, Alejandro,
Notas para el estudio de los impresos jurídicos novohispanos, núm. 14, 1990, pp. 261-288.
OSCÓS SAÍD, Gisela A.,

Ética, derechos humanos y homosexualidad, núm. 13, 1989, pp. 375-413.
PACHECO ESCOBEDO, Alberto,
El derecho a la vida y el aborto, núm. 15, 1991, pp. 489-497.
RODRÍGUEZ DEL POZO-ÁLVAREZ, Pablo A.,
La determinación de la muerte: problemas morales y jurídicos, núm. 15, 1991, pp. 515-562.
SÁNCHEZ MEDAL, Ramón,
Los derechos humanos y la legislación mexicana, núm. 12, 1988, pp. 267-279.
URSÚA-COCKE, Eugenio y MACPHERSON, William P.,
El papel del abogado en México, núm. 14, 1990, pp. 419-464.
VÁZQUEZ, Rodolfo,
Estado de Derecho y corrupción (compromisos para un universitario), núm. 20, 1996, pp. 833-842.

IV.3 *Alegatos*

DÍAZ Y DÍAZ, Martín,
El litigio del Tlahualilo: presagio de un derecho de propiedad sin arrogancia, núm. 14, 1990, pp. 129-194.

IV.4 *Semblanzas*

ADAME GODDARD, Jorge,
Isaac Guzmán Valdivia, nota necrológica, núm. 13. 1989, pp.677-678.
CACHO PÉREZ, Luis Norberto,
Biobibliografía de Miguel S. Macedo, núm. 11, 1987, pp. 151-163.
CONSEJO EDITORIAL,
Miguel Villoro Toranzo (S.I.), núm. 14, 1990, p. 691.
DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
Jacinto Pallares: su bibliografía, núm. 13, 1989, pp. 199-226.

In Memoriam. Edmundo O'Gorman (1906-1995), núm. 20, 1996, pp. 843-844.
DIEGO FERNÁNDEZ, Rafael,
Toribio Esquivel Obregón: Tiempo, vida y obra, núm. 11, 1987, pp. 253-284.
ESTRADA SÁMANO, Rafael,
Nota necrológica: Don Rafael Preciado Hernández, núm. 15, 1991, pp. 563-568.
Vida, obra y legado de Felipe Tena Ramírez, núm. 19, 1995, pp. 435-453.
FERNÁNDEZ VALENZUELA, Benjamín,
Al Señor Ministro Jubilado Don Felipe Tena Ramírez, núm. 19, 1995, p. 277.
GONZÁLEZ MÁRQUEZ, Cecilio,
Homenaje al maestro Francisco García Jimeno, núm. 11, 1987, pp. 811-812.
GONZÁLEZ LUNA, Mauro,
En memoria de don Isaac Guzmán Valdivia, núm. 13, 1989, pp. 679-682.
HUACUJA BETANCOURT, Sergio Eduardo,
Homenaje póstumo al Licenciado don Francisco García Jimeno, núm. 11, 1987, pp. 807-809.
HUERTA ORTIZ, Verónica,
Pablo Macedo y la promoción de la cultura jurídica, núm. 18, 1994, pp. 163-193.
LÓPEZ MEDINA, Manuel,
Noticias necrológicas [Don José Arce y Cervantes, Don Raúl F. Cárdenas, Don Roberto Núñez y Escalante, Don Juan Antonio Peralta Valdés y Don Eduardo Olmedo Cotilla], núm. 14, 1990, pp. 671-675.
In Memoriam: Don Inacio Soto Sobreyra, núm. 16, 1992, pp. 655-656.
In Memoriam: Don Javier Creixell del Moral, núm. 16, 1992, p. 659.
In Memoriam: Don José Becerra Bautista, núm. 17, 1993, pp. 541-542.
In Memoriam: Don Ignacio Mendoza Iglesias, núm. 19, 1995, pp. 637-638.

In Memoriam: Don Fernando Alejandro Vázquez Pando, núm. 19, 1995, pp. 638-643. Don Javier Alba Muñoz, núm. 20, 1996, pp. 845-846.
OROPEZA Y SEGURA, Mauricio A.,
Recordando a don Manuel Herrera y Lasso en el Vigésimo Quinto Aniversario de su fallecimiento, núm. 16, 1992, pp. 613-618.
OSCÓS SAÍD, Gisela A.,
In Memoriam: Don Carlos Enrique Mainero Núñez de Cáceres, núm. 16, 1992, pp. 656-658.
PINEDA VILLARREAL, Jorge,
In Memoriam: Don Carlos G. Traslosheros Peralta, núm. 19, 1995, pp. 643-645.
RODRÍGUEZ GÓMEZ, Jesús,
Recuerdos de Felipe Tena Ramírez, núm. 19, 1995, pp. 585-592.
SÁNCHEZ MEDAL, Ramón,
Homenaje a don Francisco García Jimeno, núm. 11, 1987, pp. 813-815.
VELA MARTÍNEZ, Sergio,
In Memoriam: Don Sergio Vela Treviño, núm. 17, 1993, pp. 543-546.

IV.5 *Discursos*

ALTAMIRANO, Álvaro J.,
Discurso pronunciado por el Presidente de la Sociedad de Alumnos, en la apertura del Curso 1989/1990, el 4 de septiembre de 1989, núm. 13, 1989, pp. 727-729.
AMEZCUA HASSEY, Ramón,
Discurso pronunciado el 29 de agosto de 1994 en la apertura del Curso Escolar 1994/1995 por el Presidente de la Sociedad de Alumnos, Señor..., núm. 18, 1994, pp. 497-498.
AVANTE JUÁREZ, Rafael,
Discurso pronunciado por el Señor..., Presidente de la Sociedad de Alumnos, en la Inauguración del Ciclo Escolar

1991/1992, el 2 de septiembre de 1991, núm. 15, 1991, pp. 615-617.

BECERRA POCOROBA, Mario,
Discurso pronunciado el 30 de agosto de 1993 en la apertura del Curso Escolar 1993/1994 por don..., núm. 17, 1993, pp. 547-550.

CÁRDENAS ARROYO, Antonio,
Discurso pronunciado en la ceremonia de apertura del curso escolar 1996-1997, por el Sr. Lic..., en la Escuela Libre de Derecho, el día 26 de agosto de 1996, núm. 20, 1996, pp. 877-883.

DALEHITE BALLARD, Esteban G.,
Discurso pronunciado por el alumno Sr..., Presidente de la Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, en la Ceremonia de Inauguración del Ciclo Escolar 1987/1988, el día 3 de septiembre de 1987, núm. 11, 1987, pp. 859-860.

DÁVALOS MORALES, José,
Palabras pronunciadas por el Señor Doctor..., el lunes 9 de septiembre de 1991, durante la Ceremonia de Inauguración de los Cursos de Posgrado de la Escuela Libre de Derecho, núm. 15, 1991, pp. 635-636.

DE ICAZA DUFOUR, Francisco,
Discurso pronunciado el 4 de septiembre de 1989 en la Ceremonia de Apertura del Curso Escolar 1989/1990 por el Sr. Lic..., núm. 13, 1989, pp. 723-726.

DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
Discurso pronunciado por el Sr. Lic. don..., en la Ceremonia de develación del cuadro del Maestro Manuel Herrera y Lasso el día 16 de marzo de 1994, núm. 18, 1994, pp. 486-491.

ESTRADA CHÁVEZ, Oscar Alberto,
Discurso pronunciado en la Ceremonia de Apertura del Curso 1988/1989 por el Sr..., Presidente de la Sociedad de Alumnos, el 5 de septiembre de 1988, núm. 12, 1988, pp. 599-600.

GARCÍA DE ACEVEDO CHÁVEZ, Juan,
Discurso pronunciado por el Presidente de la Sociedad de Alumnos, en la apertura del Curso 1992/1993, el 31 de agosto de 1992, núm. 16, 1992, pp. 659-662.

GÓMEZ ARNÁIZ, Rubén Darío,
Discurso pronunciado por el presidente de la Sociedad de Alumnos, en la apertura del curso 1996-1997, el 26 de agosto de 1996, pp. 865-889.

GÓMEZ GORDILLO Y RUELAS, Ismael,
Discurso pronunciado en la Ceremonia de Apertura del Curso Escolar 1995/1996 por el Sr. Lic..., en la Escuela Libre de
Derecho el día 28 de agosto de 1995, núm. 19, 1995, pp. 647-653.

GONZÁLEZ GUAJARDO, Pablo R.,
Discurso pronunciado por el Señor..., Presidente de la Sociedad de Alumnos, en la Inauguración del Ciclo Escolar 1990/1991, el 3 de septiembre de 1990, núm. 14, 1990, pp. 681-683.

HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
Discurso pronunciado por el Señor Licenciado..., el 2 de septiembre de 1991 en la Ceremonia de Apertura del Curso Escolar 1991/1992, núm. 15, 1991, pp. 607-613.
Discurso pronunciado por el Licenciado..., en el banquete de Celebración del Octogésimo Aniversario de la Escuela Libre de Derecho, núm. 16, 1992, pp. 629-630.

MAINERO Y NUÑEZ DE CÁCERES, Carlos E.,
Discurso pronunciado en la Ceremonia de Apertura del Curso Escolar 1987/1988 por el Sr. Lic..., en la Escuela Libre de Derecho el día 3 de septiembre de 1987, núm. 11, 1987, pp. 853-858.

MARTÍN DEL CAMPO, Diego,
Discurso pronunciado por el Señor Licenciado..., el 3 de septiembre de 1990 en la Ceremonia de Apertura del Curso Escolar 1990/1991, núm. 14, 1990, pp. 677-680.

MORALES LECHUGA, Ignacio,

Palabras de don..., Procurador General de la República, al inaugurar el Curso Escolar 1992/1993, el 31 de agosto de 1992, núm. 16, 1992, pp. 669-671.

NÚÑEZ Y BANDERA, José Higinio,
Discurso pronunciado el 29 de agosto de 1994 en la apertura del Curso Escolar 1994/1995 por don..., núm. 18, 1994, pp. 493-495.

OGARRIO, Alejandro,
Palabras del Sr. Licenciado... Director del Posgrado de la Escuela Libre de Derecho, pronunciadas con motivo de la Inauguración de Cursos, el 9 de septiembre de 1991, núm. 15, 1991, pp. 619-621.

OROZCO WATERS, Rodrigo,
Discurso pronunciado por el Presidente de la Sociedad de Alumnos, Señor..., en la Inauguración de Cursos 1993/1994, el lunes 30 de agosto, núm. 17, 1993, pp. 551-553.

RAMÍREZ DE LA PARRA, Roberto,
Discurso pronunciado el 28 de agosto de 1995 en la apertura del Curso Escolar 1995-1996 por el Presidente de la Sociedad de Alumnos, Señor..., núm. 19, 1995, pp. 655-657.

RICO ÁLVAREZ, Fausto,
Discurso pronunciado por el Licenciado..., Rector de la Escuela Libre de Derecho, en la Inauguración del Curso 1992/1993, núm. 16, 1992, pp. 663-668.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón,
Discurso pronunciado por don... en la Ceremonia de Iniciación de Cursos del 5 de septiembre de 1988, núm. 12, 1988, pp. 587-597.

SERRANO ROBLES, Arturo,
Agradecimiento de don Felipe Tena Ramírez a la Barra Mexicana-Colegio de Abogados, núm. 19, 1995, pp. 543-545.

IV.6 *Presentaciones*

CONSEJO EDITORIAL,
Presentación [a la Revista de Investigaciones Jurídicas], núm. 11, 1987, p. 9.

IV.7 *Noticias*

CONSEJO EDITORIAL,
Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, núm. 14, 1990, pp. 685-690.

LÓPEZ MEDINA, Manuel,
Sucesos varios del Curso 1986/1987 de la Escuela Libre de Derecho, núm. 11, 1987, pp. 827-851.
Índices a la Revista de Investigaciones Jurídicas: 1977/1986, núm. 11, 1987, pp. 861-943.
Referencias del Ciclo Escolar 1987/1988, núm. 12, 1988, pp. 573-585.
Noticias del Curso 1988/1989, núm. 13, 1989, pp. 709-722.
Algunas noticias del Ciclo Escolar 1989/1990, núm. 14, 1990, pp. 637-668.
Reseña bibliográfica: Escuela Libre de Derecho (1912-1987), núm. 14, 1990, p. 669.
Algunas noticias del Curso 1990/1991 de la Escuela Libre de Derecho, núm. 15, 1991, pp. 593-606.
Algunos hechos memorables del Ciclo Escolar 1991/1992 de la Escuela Libre de Derecho, núm. 16, 1992, pp. 631-654.
Sucesos varios del Curso Escolar 1992/1993, núm. 17, 1993, pp. 495-513.
Datos del bienio académico 1993/1995, núm. 19, 1995, pp. 593-635.
Algunos datos del curso escolar de 1995/1996, núm. 20, 1996, pp. 847-876.

IV.8 *Escuela Libre de Derecho*

DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime,
La fundación de la Escuela Libre de Derecho. Documentos, núm. 11, 1987, pp. 555-805.
Pablo Macedo: orden y abogacía en un "científico", núm. 12, 1988, pp. 19-47.
La renovación de la Historia General del Derecho en la Escuela Libre de Derecho: su sentido romanista, núm. 17, 1993, pp. 59-70.
Los años del estudiante Felipe Tena Ramírez en la Escuela Libre de Derecho, núm. 19, 1995, pp. 343-382.

GARCIADIEGO, Javier,
Los orígenes de la Escuela Libre de Derecho, núm. 17, 1993, pp. 199-220.

HERNÁNDEZ ROMO, Miguel Ángel,
Discurso pronunciado por el Licenciado..., en el banquete de Celebración del Octogésimo Aniversario de la Escuela Libre de Derecho, núm. 16, 1992, pp. 629-630.

HUERTA ORTIZ, Verónica,
Pablo Macedo y la promoción de la cultura jurídica, núm. 18, 1994, pp. 163-193.

LÓPEZ MEDINA, Manuel,
Reseña bibliográfica: Escuela Libre de Derecho (1912-1987), núm. 14, 1990, p. 669.

OROPEZA Y SEGURA, Mauricio A.,
Reflexiones en torno a la profesión de abogado y a la Escuela Libre de Derecho, núm. 11, 1987, pp. 817-826.

VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel,
Para llegar a ser abogado... Perfil vocacional, laboral y de actitud hacia el estudio, de los alumnos de la Escuela Libre de Derecho, núm. 14, 1990, pp. 595-635.

V. ÍNDICE ANALÍTICO

A

ABAB Y QUEIPO, MANUEL, y San Miguel, fray Antonio de, orígenes de dos obispos michoacanos, 19, 279-341.
ABOLICIÓN DE LA ESCLAVITUD. *Ver* Esclavitud.
ABOGACÍA, reflexiones en torno a la profesión de, y a la Escuela Libre de Derecho, 11, 817-826; en Pablo Macedo, 12, 19, 26-47; normas mínimas en la ética de la, 12, 551-555; el impacto de la tecnología informática en la práctica y enseñanza de la profesión jurídica, 20, 209-276.
ABOGADO, reflexiones en torno a la profesión de, y a la Escuela Libre de Derecho, 11, 817-826; la lógica y la ética del, 13, 341-358; el papel del, en México, 14, 419-464; perfil vocacional, laboral y de actitud hacia el estudio de los alumnos de la Escuela Libre de Derecho, 14, 595-635; de los abogados y su celestial patronazgo, 19, 503-541.
ABORTO. *Ver* Derechos humanos.
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, en contra de la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, 20, 155-208.
ACTO DE COMERCIO, la eliminación del acto mixto (civil y de comercio), en el Código Civil del Distrito Federal, 18, 301, 327, 328.
ACTO MIXTO. *Ver* Acto de comercio.
ACTOS ADMINISTRATIVOS, teoría de los, significación general y alcance , 14, 239, 248, 249; generales, 14, 239, 249-251.
ACTOS PROCESALMENTE PERFECTOS, IMPERFECTOS E IRREGULARES. *Ver* Procedimiento civil.
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, notas sobre la, en México, 18, 473-480.
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, y la responsabilidad civil extracontractual en Italia de sus funcionarios y dependientes, 12, 211-239; evaluación de la, federal mexicana, su evolución a partir del México independiente hasta 1976, 13, 97-156; algunas consideraciones en torno a la constitucionalidad de las disposiciones administrativas ge-

nerales que dictan los órganos de la, federal, 14, 239-259; cavilaciones del año 1992 sobre derecho de las finanzas y de la, 16, 77-142.
ADOPCIÓN, internacional del menores, 17, 529-540.
ADUANAS, el Tratado de Libre de Comercio de América del Norte y la operación aduanera en México, 17, 515-527.
ADULTERIO, DELITO DE, 17, 293, 305-307.
ALBA MUÑOZ, JAVIER, *in memoriam*, 20, 845-846.
ÁLVAREZ MACHAIN, HUMBERTO. *Ver* Extradición.
AMÉRICA LATINA, reflexiones sobre el derecho a la información en, 12, 499-509; identidad jurídica, derecho romano y sistema latinoamericano, 15, 101-116; penetración del derecho anglo-americano en, 15, 101, 108-110; el derecho moderno en, y sus funestas consecuencias en las comunidades indígenas, 15,117, 132-138.
AMÓS, profeta, 11, 171, 175-181.
AMPARO, JUICIO DE, la fórmula Otero y el, contra leyes, 11, 113-129; la alta competencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de, 11, 165-170; procedencia del, en caso de licitación pública, 11, 389, 399-408; la Ley de Amparo y el, contra leyes, 13, 9, 39-42; el, contra leyes y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, 13, 9, 42-45; el, de la libertad frente al *habeas corpus*, 15, 87-99; el, a la luz de la moderna justicia constitucional, 15, 319-347; un anarquista teoriza sobre el, judicial: Antonio Díaz Soto y Gama en 1906, 18, 77-105.
ANULABILIDAD, y el procedimiento civil, 12, 303, 308-310.
ANUNCIBAY, FRANCISCO DE, y la influencia de la *Utopía* de Tomás Moro en el pensamiento colonizador español, 19, 455, 488, 489.
ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, un recurso para América Latina, 12, 323-349; clases de, 12, 323, 325-329; fundamentos jurídicos, 12, 323, 329-333; desarrollo del, 12, 323, 333- 337; la experiencia mexicana y el, 12, 323, 343-349.
ARCE Y CERVANTES, JOSÉ, noticia necrológica, 14, 671.
ARGENTINA, tres contextos nacionales para la expropiación forzosa, España y México, 16, 175-250.

ARRENDAMIENTO, naturaleza jurídica del, 14, 33, 48-50.
ARTÍCULO 3o. CONSTITUCIONAL, el nuevo, y los derechos humanos, 16, 517-530; breves reflexiones en torno a las reformas constitucionales de 1992, 16, 577-598.
ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL, breves reflexiones en torno a las reformas constitucionales de 1992, 16, 577-598.
ARTÍCULO 24 CONSTITUCIONAL, breves reflexiones en torno a las reformas constitucionales de 1992, 16, 577-598.
ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL, breves reflexiones en torno a las reformas constitucionales de 1992, 16, 577-598; el derecho a la tierra y el, en relación a las insurrección del EZLN, 18, 259, 267-269.
ARTÍCULO 29 CONSTITUCIONAL, 11, 348-387.
ARTÍCULO 73 CONSTITUCIONAL, fracción IV, análisis de la reforma constitucional al, 12, 177, 185-190.
ARTÍCULO 89 CONSTITUCIONAL, fracción X, últimas consideraciones constitucionales del maestro don Felipe Tena Ramírez y observaciones al, 19, 575-584.
ARTÍCULO 130 CONSTITUCIONAL, breves reflexiones en torno a las reformas constitucionales de 1992, 16, 577-598.
ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, y la Ley sobre la Celebración de Tratados, 18, 237, 255-258.
ASAMBLEA DE REPRESENTANTES DEL DISTRITO FEDERAL, 12, 177-193; antecedentes históricos, 12, 177-185; análisis de la reforma constitucional al artículo 73, fracción IV, 12, 177, 185-190; breve análisis de la Ley Orgánica de la, 12, 177, 190-193.
ASILADO. *Ver* Asilo.
ASILO, su regulación en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, 11, 327, 333, 334; su regulación en el ámbito de la Organización de Estados Americanos, 11, 327, 334-337; regulación mexicana en materia de, 11, 327, 340-343.
AUDITOR. *Ver* Responsabilidad del auditor.

B

BARRA MEXICANA-COLEGIO DE ABOGADOS, agradecimiento de don Felipe Tena Ramírez a la, 19, 543-545.
BBS. *Ver* Foros de discusión electrónica.
BECERRA BAUTISTA, JOSÉ, 17, 541, 542.
BELICE. *Ver* Refugio.
BETETA Y CERVANTES, FRANCISCO MARÍA, cuatro abogados centroamericanos en el México decimonónico, 20, 335, 353-359.
BETETA Y CERVANTES, MANUEL, cuatro abogados centroamericanos en el México decimonónico, 20, 335, 346-353.
BIENES ENTRE ESPOSOS. *Ver* Capitulaciones matrimoniales.
BIENES VACANTES, 13, 49, 71, 72.
BIGAMIA, DELITO DE, 17, 293, 307-309.
BOBBIO, NORBERTO, y el positivismo jurídico, 12, 439, 444-450.
BULA *INTER CETERA*, el uso de la, por Bartolomé de las Casas, 14, 75-109.
BULLETIN BOARD SYSTEMS. *Ver* Foros de discusión electrónica.

C

CALPULLI, el, 15, 117, 127-128.
CALLEJA, FÉLIX MARÍA, el gobierno de la Nueva España y la Constitución de 1812, 20, 405-447.
CÁRDENAS, RAÚL F., noticia necrológica, 14, 672.
CAMINOS PÚBLICOS, en Derecho romano, 12, 9-17.
CAPITULACIONES MATRIMONIALES, regulación de bienes entre esposos, 11, 453-500.
CASAS, BARTOLOMÉ DE LAS. *Ver* De las Casas, Bartolomé.
CERTIFICADOS DE APORTACIÓN PATRIMONIAL, naturaleza jurídica de los, 11, 305, 309-312.
CERTIFICADOS DE INVENCIÓN, diferencias entre patentes y, 12, 241, 248, 249; cambio de solicitud de, a solicitud de patente, 12, 241, 252; invenciones no patentables pero amparables a través de los, 12, 241, 253.
CIBERESPACIO, 20, 209, 225-230.
CIENCIA JURÍDICA, 11, 23, 30; causas de la, 11, 41, 42.

CODIFICACIÓN CIVIL, seguridad jurídica y derecho del Estado español en la, 18, 33-43; probables desarrollos futuros de la, 18, 301, 328-331.
CÓDIGO CIVIL DE 1928, algunas reformas hechas al, 18, 301-331.
CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1889, 18, 33, 42, 43.
CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO DE 1917 O PÍO BENEDICTINO, 11, 83.
CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO DE 1983, 11, 83.
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, reglas del artículo 74 del, sobre nulidades, 12, 303, 316-319.
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS FEDERALES DE 1897, y la reforma judicial de 1900, 12, 281, 293, 294.
COLEGIO DE ABOGADOS. *Ver* Barra Mexicana-Colegio de Abogados.
COMECON. *Ver* Consejo de Asistencia Mutua Económica.
COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 12, 267, 269, 270; ensayo filantrópico o técnica legitimadora, 16, 271-299; 17, 259, 271-279.
COMISIONES INTERSECRETARIALES, naturaleza jurídica y diferencias entre las llamadas, y los órganos de administración con competencia funcional propia, 13, 327-340.
COMMON LAW. *Ver* Derecho angloamericano.
COMPRAVENTA, el poseedor que vendió bienes de la herencia en derecho romano, 11, 11-22; las *stipulationes emptae et venditae hereditatis*, 19, 169-183.
COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS. *Ver* Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.
CONCESIÓN PARA LA EXPLOTACIÓN DE BIENES, naturaleza jurídica de la, 14, 33, 52-54.
CONSEJO DE ASISTENCIA MUTUA ECONÓMICA (COMECON), relación de la URSS con los miembros del, 11, 417, 428, 429.
CONSTITUCIÓN, LA, y la tiranía, un proyecto constitucional razonado de José Diego Fernández Torres, 17, 139-197.
CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ O GADITANA DE 1812, Calleja, el gobierno de la Nueva España y la, 20, 405-447.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1857, 13, 289-325; la reforma de los artículos 91 y 96 de la, en 1900, 12, 281, 286-293.
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917, proceso constitucional y relaciones de propiedad, 11, 189-251; el artículo 29 de la, 11, 348-387; algunas reflexiones sobre la, a la luz de algunos tratados sobre derechos humanos, 11, 525-553; el control de las leyes en el nuevo marco constitucional y legal, 13, 9-47; la protección constitucional, 13, 9, 14-29; la corte de constitucionalidad, 13, 9, 29-34; la reforma constitucional, 13, 9, 34-39; Emilio Rabasa y Andrés Molina Enríquez, un diálogo autoritario en el origen de la, 13, 227-287; control preventivo de la constitucionalidad, 14, 195-203; algunas consideraciones en torno a la constitucionalidad de las disposiciones administrativas generales que dictan los órganos de la administración pública federal, 14, 239-259; los partidos políticos y la, notas sobre el control de los partidos, 16, 49-76; breves reflexiones en torno a las reformas constitucionales de los artículos 3o., 5o., 24, 27 y 130, 16, 577-598; reformas constitucionales en materia de derechos humanos, 17, 259-282; la defensa de la, en el pensamiento de Manuel Herrera y Lasso, 17, 319-339; interpretando la, los sofismas de un ministro, 19, 209-234; supervivencia del principio de división de órganos de poder en nuestra, a raíz de las innovaciones que se han incorporado a su texto o que se han establecido a nivel legislativo, 19, 253-276; inconstitucionalidad de leyes en la reforma judicial de 1994, 19, 407-434; últimas consideraciones constitucionales del maestro don Felipe Tena Ramírez y observaciones al artículo 89, fracción X, 19, 575-584.
CONTAMINACIÓN TRANSFRONTERIZA. *Ver* Responsabilidad por contaminación transfronteriza.
CONTRATO, su motivo o fin y la frustración del mismo, 15, 569-581; apuntes para una teoría del, 20, 815-832.
CONTRATO DE *JOINT VENTURE*. *Ver Joint venture*.
CONTRATO DE REMOLQUE. *Ver* Remolque.

CONTRATO DE SEGURO, la institución jurídica del, en México, 12, 133-140.
CONTRATO DE TRABAJO, 16, 599, 602-605.
CONTRATOS MERCANTILES ASOCIATIVOS, 19, 9-27.
CONTROL DE LEYES, en el nuevo marco constitucional y legal, 13, 9-47.
CONVENCIÓN DE BERNA SOBRE DERECHOS DE AUTOR. *Ver* Derechos de autor.
CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LETRAS DE CAMBIO INTERNACIONALES Y PAGARÉS INTERNACIONALES, 15, 51-71.
CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, 18, 237, 244-246.
CONVENCIÓN SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS, 13, 499-676; reglas de interpretación de la, 14, 9-31. *Ver también* el Índice de secciones monográficas.
CONVENIO CONSTITUTIVO DEL ORGANISMO MULTILATERAL DE GARANTÍA DE INVERSIONES (MIGA), y la promoción internacional de la inversión extranjera, 14, 475-524.
CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA FISCAL, 18, 481-485.
CÓRDOVA, JOSÉ FRANCISCO (CORDOVITA), cuatro abogados centroamericanos en el México decimonónico, 20, 335, 359-364.
CORREO ELECTRÓNICO, 20, 209, 238-240.
CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. *Ver* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.
CREIXELL DEL MORAL, JAVIER, *in memoriam*, 16, 658.
CRÍMENES DE GUERRA, responsabilidad individual por, y lesa humanidad, 15, 275-286.
CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. *Ver* Crímenes de guerra.

D

DAÑO MORAL, la independización del, en el Código Civil del Distrito Federal, 18, 301, 323, 324.
DATOS PERSONALES. *Ver* Protección de los datos personales.
DE LA VERACRUZ, ALONSO. *Ver* Veracruz, Alonso de la.

DE LAS CASAS, BARTOLOMÉ, el uso de la bula *Inter Cetera* por, 14, 75-109.
DELITO DE HOMICIDIO, el, en razón del parentesco o relación: artículo 323 del Código Penal del Distrito Federal, desaparición del parricidio y del infanticidio, 20, 753-761.
DELITO DE INVASIÓN DE PATENTE, sanciones por el, 12, 241, 262-264.
DELITOS CONTRA LA FAMILIA, 17, 293-317.
DELITOS CONTRA LA FILIACIÓN O CONTRA EL ESTADO CIVIL, 17, 293, 311-315.
DELITOS CONTRA LA SALUD, *drug traffic, law and international relations*, 18, 275-300; *Mexican antidrug legislation*, 18, 275, 294-298.
DELITOS INFORMÁTICOS, 20, 209, 232-236.
DEMOCRACIA, la cuestión democrática, 14, 585-594; reflexiones entorno a Sartori y la, 19, 235-251.
DEONTOLOGÍA JURÍDICA, normas mínimas en la ética de la abogacía, 12, 551-555; la lógica y la ética del abogado, 13, 341-358; el papel del abogado en México, 14, 419-464.
DERECHO, el principio de causalidad y el, 11, 23-42; concepto del, 11, 23, 24; analogados del, 11, 23, 24; y justicia en los profetas de Israel del siglo VIII, 11, 171-188; puntos fundamentales para el uso alternativo del, 12, 295-301; moral y, 13, 465-497; la historia social y el, 13, 691-708; los principios doctrinales del, 14, 465-474; como moral especializada en la obra de Émile Durkheim, 17, 95-138; la función notarial en el Distrito Federal y su importancia frente a la creación y transformación del, 17, 238-258; Weber y Ross: dos aproximaciones a la realidad del, 19, 49-118; Hart y Raz: el, como fenómeno institucional, 20, 85-154
DERECHO A LA EDUCACIÓN, aspectos generales, 11, 525, 527-537; breves reflexiones en torno a las reformas constitucionales del artículo 3o., 16, 577, 588, 589.
DERECHO ANGLOAMERICANO, penetración del, en América Latina, 15, 101, 108-110.

DERECHO BANCARIO, algunos aspectos de las nuevas disposiciones legales en materia bancaria, 11, 305-317; la nacionalización de la banca, 11, 305-309.
DERECHO CANÓNICO, la nueva codificación del, 11, 83-95; un poco de historia del, 11, 84-87.
DERECHO COMPARADO, sistema de controles de los partidos políticos en el, 16, 49, 59-62; el agotamiento del derecho de patente en el, y en el derecho mexicano, 17, 411-458; ejecución de sentencias judiciales extranjeras en materia civil y comercial en México y en Suiza, una comparación de los requisitos legales, 20, 449-465.
DERECHO DE FAMILIA. *Ver* Índice de secciones monográficas.
DERECHO DE GENTES, su evolución después de la Revolución francesa junto con el derecho natural, 16, 35, 47, 48.
DERECHO DE INFORMACIÓN, reflexiones en torno a la configuración de la información como derecho, 11, 501-514. *Ver también* el Índice de secciones monográfica.
DERECHO DE JURISTAS, un tema ignorado por la historiografía jurídica mexicana, 15, 145-166.
DERECHO DE LA INFORMÁTICA, 20, 209, 220-224.
DERECHO DE PREFERENCIA POR EL TANTO, 11, 43, 71, 72.
DERECHO DEL TANTO, 11, 43, 47; entre comuneros, 11, 43, 54-61; naturaleza jurídica del, 11, 43, 58-60, 319, 321-323; consecuencias del, 11, 319, 323-326; del usufructuario, 11, 43, 72-74; del arrendatario de casa habitación, 11, 43, 74-76; de arrendatarios de inmuebles sujetos al régimen de propiedad y condominio, 11, 43, 76-79; jurisprudencia sobre, 11, 43, 63-68; sanción por violación del, 11, 43, 68-71; como derecho real, 11, 319-326.
DERECHO DEL TRABAJO. *Ver* Derecho laboral.
DERECHO ECLESIÁSTICO. *Ver* Derecho canónico.
DERECHO ESPAÑOL, registro de los partidos políticos en el, 16, 49, 62-69; tres contextos nacionales para la expropiación forzosa: Argentina, España y México, 16, 175-250; seguridad jurídica y derecho del Estado en la codificación civil española, 18, 33-43.
DERECHO FINANCIERO, cavilaciones del año 1992 sobre el, y el derecho de la administración pública, 16, 77-142.

DERECHO FISCAL, convenios internacionales en materia fiscal, 18, 481-485.
DERECHO INDIANO, el, hasta Felipe II, 16, 393-403.
DERECHO ITALIANO, la responsabilidad civil extracontractual de la administración pública italiana y de sus funcionarios y dependientes, 12, 211-239.
DERECHO OBJETIVO, 11, 23; o norma, 11, 24, 28; causas del, 11, 35-39.
DERECHO LABORAL, legislación laboral, ¿año 2000?, 16, 599-612.
DERECHO MERCANTIL MODERNO, 15, 623-634.
DERECHO NATURAL, y propiedad, 15, 25-49; la vida como, 15, 393, 435-443; la influencia de la escuela Suiza del, en la formación de la doctrina sobre los derechos humanos en España, 16 35-48.
DERECHO POSITIVO, las diversas escuelas postivistas del derecho, 12, 439-451.
DERECHO PROCESAL CIVIL, un nuevo procedimiento civil para el Distrio Federal, 11, 515-523; naturaleza y carácter del proceso civil: la experiencia inglesa, 17, 221-238.
DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO, 16, 599, 611, 612.
DERECHO SOVIÉTICO, las marcas en el, 11, 417-429; legislación sobre propiedad industrial, 11, 417.
DERECHO SUBJETIVO, 11, 23; o facultad, 11, 24, 28, 29; causas del, 11, 39-41; uso alternativo del, derechos humanos como derecho insurgente, 17, 45-57.
DERECHOS DE AUTOR, la protección de las obras mexicanas en los Estados Unidos de América, 14, 65-74; el nuevo régimen de la propiedad intelectual en México: la protección de la propieindustrial, los, las licencias y las franquicias en México, 17, 377-409; la centralización de los, en el Código.Civil del Distrito Federal, 18, 301-305.
DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS, en materia de responsabilidad civil extracontractual, 16, 251-270.
DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIOS, desde la Nueva España hasta la modernidad, 15, 117-144.
DERECHOS DE TERCEROS NO PREFERENCIALES, 11, 43.

DERECHOS HUMANOS, algunas reflexiones sobre la Constitución mexicana, a la luz de algunos tratados sobre, 11, 525-553; suspensión de, 11, 525, 542-553; y la legislación mexicana, 12, 267-279; en diversos instrumentos jurídicos internacionales, 12, 267-269; y el derecho a la información, 12, 511-549; la ética. los, y la homosexualidad, 13, 375-413; sobre el derecho a la vida, el aborto, y el proceso inicial de la vida humana, reflexiones filosóficas, 15, 349-356; noción ontológica, jurídica y formal de la persona humana y el derecho a la vida, 15, 393-447; el derecho a la vida y el aborto, 15, 490-497; la no devolución de los refugiados: principio protector de la vida humana, 15, 499-514; la influencia de la escuela Suiza del derecho natural en la formación de la doctrina sobre los, en España, 16, 35-48; la última gran moda del siglo, 16, 271-278; el nuevo artículo 3o. y los, 16, 517-530; uso alternativo de los derechos subjetivos, 17, 45-57; reformas constitucionales en materia de, 17, 259-282; la concepción de los, en Alonso de la Veracruz, 20, 555-601.
DERECHOS PERSONALES, dualidad entre los, y los derechos reales, 14, 33-63.
DERECHOS PREFERENCIALES, en Derecho mexicano, 11, 43-81.
DERECHOS REALES, dualidad entre los, y los derechos personales, 14, 33-63.
DESPLAZADO. *Ver* Desplazamiento.
DESPLAZAMIENTO, 11, 327, 337-339; regulación mexicana en materia de, 11, 327, 340-343.
DÍAZ, PORFIRIO, y Pablo Macedo, 12, 19, 42-47.
DÍAZ SOTO Y GAMA, ANTONIO, un anarquista teoriza sobre el amparo judicial en 1906, 18, 77-105.
DIEGO FERNÁNDEZ TORRES, JOSÉ, la Constitución y la tiranía, un proyecto constitucional razonado de, 17, 139-197.
DINERO ELECTRÓNICO, 20, 209, 230-232.
DISCRIMINACIÓN, en el derecho constitucional mexicano, 11, 525, 537-542.
DIVISIÓN DE PODERES, supervivencia del principio de división de órganos de poder en nuestra Constitución, a raíz de

las innovaciones que se han incorporado a su texto o que se han establecido a nivel legislativo, 19, 253-276.
DIVORCIO, y matrimonio, 20, 763-776.
DOCTRINA JURÍDICA SOVIÉTICA, 13, 157-171.
DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS, valor jurídico de los, 20, 209, 224.
DOMINIO DIRECTO. *Ver* Propiedad.
DOMINIO PÚBLICO. *Ver* Propiedad.
DONACIÓN DE ÓRGANOS, 15, 515, 548, 549; búsqueda incierta de la inmortalidad, 15, 449-487.
DRUG TRAFFIC. Ver Delitos contra la salud.
DURKHEIM, ÉMILE, el derecho como moral especializada, 17, 95-138.

E

E-MAIL. Ver Correo electrónico.
EDUCACIÓN. *Ver* Derecho a la educación.
EMBARGO, naturaleza jurídica del, 14, 33, 50-52.
ENCOMIENDA, 15, 117, 129-132.
ENSEÑANZA DEL DERECHO. *Ver* Pedagogía jurídica.
EJÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERACIÓN NACIONAL. *Ver* EZLN.
EJECUCIÓN DE SENTENCIAS JUDICIALES EXTRANJERAS EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL, en México y en Suiza, una comparación de los requisitos legales, 20, 449-465.
ESCLAVITUD, en torno al problema de la legislación sobre la abolición de la, en el Guanajuato independiente, 19, 149-167.
ESCUELA LIBRE DE DERECHO, 75o. Aniversario, 11, 9; documentos sobre su fundación, 11, 555-805; reflexiones en torno a la profesión de abogado y a la, 11, 817-826; perfil vocacional, laboral y de actitud hacia el estudio, de los alumnos de la, 14, 595-635; discurso pronunciado por el licenciado Miguel Ángel Hernández Romo, en el banquete de la celebración del octogésimo aniversario de la, 16, 629-630; la renovación de la historia general del derecho en la, su sentido romanista,17, 59-70; los orígenes

de la, 17, 199-220; los años del estudiante Felipe Tena Ramírez en la, 19, 343-382.
ESCUELA NACIONAL PREPARATORIA, y Pablo Macedo, 12, 19, 32-39.
ESCUELAS POSITIVISTAS DEL DERECHO, diversidad de las, 12, 439-451; voluntarismo jurídico, 12, 439-442; positivismo científico, 12, 439, 442, 443; positivismo sociológico, 12, 439, 442, 443; positivismo jurisprudencial, 12, 439, 442, 443; realismo jurídico escandinavo, 12, 439, 442, 443; Norberto Bobbio y el positivismo, 12, 439, 444-450.
ESCUELA SUIZA DEL DERECHO NATURAL. *Ver* Derecho natural.
ESPAÑA, la influencia de la escuela Suiza del derecho natural en la formación de la doctrina sobre los derechos humanos en, 16, 35-48; registro de los partidos políticos en el derecho español, 16, 49, 62-69; tres contextos nacionales para la expropiación forzosa: Argentina, y México, 16, 175-250; seguridad jurídica y derecho del Estado, en la codificación civil española, 18, 33-43.
ESQUIVEL OBREGÓN, TORIBIO, tiempo, vida y obra, 11, 253-284.
ESTADO, relaciones con la Iglesia, aspectos jurídico-filosóficos, 15, 223-244; la relación del, con la Iglesia en la historia jurídica de México, 16, 481-505; las reformas de, y la permanencia de la Iglesia, 16, 507-515; seguridad jurídica y derecho del, en la codificación civil española, 18, 33-43.
ESTADO CIVIL, delitos contra el, o contra la filiación, 17, 293, 311-315.
ESTADO CONSTITUCIONAL EN HISPANOAMÉRICA, entre el deterioro y la transformación, 15, 73-85.
ESTADO DE DERECHO, y la corrupción, 20, 833-842.
ESTUDIANTES DE DERECHO, reflexiones para los, 12, 557-564.
ÉTICA PROFESIONAL. *Ver* Deontología jurídica, Abogado y Abogacía.
EXPROPIACIÓN, 11, 240-243; forzosa en el pensamiento jurídico de García de Enterría, 12, 79-115; tres contextos nacionales para la, forzosa: Argentina, España y México, 16, 175-250.

EXTRADICIÓN, debe revisarse nuevamente la tesis de la no, de nacionales, 16, 619-628; *drug traffic, to extradite or not to extradite*, 18, 274, 284-293; *the Alvarez Machain controversy*, 18, 273, 288-294.
EZLN, la insurrección del, y la juridicidad, 18, 259-274.

F

FACTORAJE FINANCIERO, algunas consideraciones jurídicas sobre el, 19, 185-207.
FAMILIA, concepto de, 14, 289, 298-300; delitos contra la, 17, 293-317; las controversias del orden familiar, 20, 777-795.
FIDEICOMISO, algunas consideraciones sobre su regulación fiscal en México, 11, 285-303; como unidad económica, 11, 285-288; ante el Registro Federal de Contribuyentes, 11, 285, 301, 302.
FILIACIÓN, delitos contra la, o contra el estado civil, 17, 293, 311-315; presunción de paternidad y tutela judicial efectiva, 20, 675-751.
FLORIDAS, el caso de las, y la Luisiana, en la aplicación de la política española de tratados a los indios de la Nueva España y sus confines (1781-1790), 20, 371-403.
FOREIGN SOVEREIGN IMMUNITIES ACT (FSIA). *Ver* Inmunidad jurisdiccional de los estados.
FÓRMULA OTERO, y amparo contra leyes, 11, 113-129; origen y desarrollo de la, 11, 114-125; todavía más sobre la, 12, 65-77.
FOROS DE DISCUSIÓN ELECTRÓNICA, 20, 209, 241-242.
FRANQUICIAS, liberalización del régimen legal de las, en México, 14, 525-543; el nuevo régimen de la propiedad intelectual en México: la protección de la propiedad industrial, los derechos de autor, las licencias, y las, 17, 377-409.

G

GÁLVEZ, MARIANO, cuatro abogados centroamericanos en el México decimonónico, 20, 335, 364-369.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, la expropiación forzosa en el pensamiento jurídico de, 12, 79-115.
GARCÍA JIMENO, FRANCISCO, homenaje al licenciado don, 11, 807-809, 811-815.
GAS NATURAL, regulación del, en México, 20, 513-554.
GUANAJUATO, en torno al problema de la legislación sobre la abolición de la esclavitud en el, independiente, 19, 149-167.
GUATEMALTECOS. *Ver* Asilo, Refugio, Desplazamiento.
GUZMÁN VALDIVIA, ISAAC, nota necrológica, 13, 677-682.

H

HABEAS CORPUS. *Ver* Amparo, juicio de.
HART, HERBERT L.A., y Raz, Joseph, el derecho como fenómeno institucional, 20, 85-154.
HERENCIA, el poseedor que vendió bienes de la, en derecho romano, 11, 11-22; -- en derecho mexicano, 11, 16-21.
HEREDITATIS, las stipulationes emptae et venditae, 19, 169-183; la *in iure cessio*, 20, 277-333.
HERRERA Y LASSO, MANUEL, recordando a don, en el vigésimo quinto aniversario de su fallecimiento, 16, 613-618; la defensa de la Constitución en el pensamiento de, 17, 319-339; discurso pronunciado por el Sr. Lic. don Jaime del Arenal Fenochio enla ceremonia de develación del cuadro del maestro, el día 16 de marzo de 1994, 18, 487-491.
HISTORIA DEL DERECHO EN MÉXICO, comentario sobre la, 12, 565-572.
HISTORIA GENERAL DEL DERECHO, la renovación de la, en la Escuela Libre de Derecho, su sentido romanista, 17, 59-70.
HISTORIA SOCIAL. *Ver* Derecho.
HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA MEXICANA, derecho de juristas, un tema ignorado por la, 15, 145-166.
HOMICIDIO. *Ver* Delito de homicidio.
HOMOSEXUALIDAD. *Ver* Derechos humanos.
HUELGA, derecho de, 16, 599, 609-611.

I

IGLESIA. *Ver* Relaciones Iglesia-Estado.
IMPOSICIÓN INDIRECTA. *Ver* Impuesto al valor agregado.
IMPUESTO AL VALOR AGREGADO, la moderna rehabilitación de ciertas formas de imposición indirecta: especial referencia a los problemas que suele plantear la introducción del, 15, 245-273.
IMPUTABILIDAD PENAL, 11, 131-149.
IN IURE CESSIO HEREDITATIS. Ver Hereditatis.
INCESTO, delito de, 17, 293, 309-311.
INDICACIONES GEOGRÁFICAS, régimen internacional de las, denominaciones de origen e indicaciones de procedencia, 15, 287-318.
INDÍGENA, libertad y capacidad del, 17, 33-44; la autonomía de los pueblos indios dentro de la constitución real y jurídica del Estado-Nación, 18, 259, 269-273; la influencia de las juntas apostólicas novohispanas en el derecho protector de los indios, 19, 547-574; aplicación de la política española de tratados a los, de la Nueva España y sus confines: el caso de la Luisiana y las Floridas (1781-1790), 20, 371-403.
INDIO. *Ver* Indígena.
INEXISTENCIA, y el procedimiento civil, 12, 303, 308-310.
INFANTICIDIO, el delito de homicidio en razón del parentesco o relación: artículo 323 del Código Penal del Distrito Federal, desaparición del parricidio y del, 20, 753-761.
INFLACIÓN, la reacción ante la, en el Código Civil del Distrito Federal, 18, 301, 324, 325.
INFORMACIÓN. *Ver* Derecho a la información.
INFORMACIÓN DE DOMINIO. *Ver* Propiedad.
INFORMÁTICA, el impacto de la tecnología, en la práctica y enseñanza de la profesión jurídica, 20, 209-276.
INFORMÁTICA JURÍDICA, 20, 209, 217-220.
INIMPUTABILIDAD. *Ver* Imputabilidad penal.
INMATRICULACIÓN ADMINISTRATIVA, 13, 49, 72-79.
INMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LOS ESTADOS, 12, 49-64; desarrollo histórico de la, extranjeros, 12, 49, 52-54; la, del Estado en el siglo XX, 12, 49, 54-58; ocho instrumentos legislativos sobre, 12, 49, 58-61; el *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA, 1976), y la, 12, 49, 58, 62-64.
INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE, el capital de las, 11, 305, 312-315.
INSTITUCIONES DE BENEFICENCIA, la dispersión del régimen de las, en el Código Civil del Distrito Federal, 18, 301, 302.
INTER CETERA. Ver Bula *Inter Cetera.*
INTERCOMPANY PRICING. Ver Transferencia.
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, interpretando la Constitución, los sofismas de un ministro, 19, 209-234.
INTERNET, 20, 209, 237-248.
INTRANETS, 20, 209, 248, 249.
INVASIÓN DE PATENTE. *Ver* Delito de invasión de patente.
INVENCIONES. *Ver* Patentes y Certificados de invención.
INVENTOS FARMACÉUTICOS. *Ver* Patentes.
INVERSIÓN EXTRANJERA, directa, 14, 545-584; el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la, en México, 18, 427-459; marco jurídico internacional del nuevo régimen de la, en México, 18, 427-459. *Ver también* el Índice de secciones monográficas.
ISAÍAS, profeta, 11, 171, 181-184.
ITURBIDE, AGUSTÍN DE, ley y verdad histórica, el caso de, 20, 9-63.
IVA. *Ver* Impuesto al valor agregado.

J

JOINT VENTURE, contrato de, 19, 9, 20-23.
JUNTAS APOSTÓLICAS NOVOHISPANAS, su influencia en el derecho protector de los indios, 19, 547-574.
JURISPRUDENCIA, el derecho romano como, 15, 9-24.
JUSTICIA, y derecho en los profetas de Israel del siglo VIII, 11, 171-188; la procuración de, 13, 85-95; y paz, en relación a la insurrección del EZLN, 18, 259, 273, 274.
JUSTICIA PENAL, algunas reflexiones acerca de la crisis de la administración de la, 12, 385-437.

JUZGADOS DE LO FAMILIAR, las controversias del orden familiar, 20, 777-795.

K

KELSEN, HANS. *Ver* Teoría pura del derecho.

L

LEGISLACIÓN BANCARIA, notas en torno a la historia de la, en México, 12, 141-175.
LEGISLACIÓN DEL MAR, en México y en el mundo, 12, 351-384.
LEGISLACIÓN PESQUERA, en México y en el mundo, 12, 351-384.
LEY, sus características, 13, 9-14.
LEY DE ASOCIACIONES RELIGIOSAS Y CULTO PÚBLICO. *Ver* Relaciones Iglesia-Estado.
LEY DE INVENCIONES Y MARCAS DE 1975, reformas de 1986 a la, 12, 241, 245-247.
LEY DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA DEL DISTRITO FEDERAL, la acción de inconstitucionalidad 1/95 en contra de la, 20, 155-208.
LEY FEDERAL DEL MAR DE 1985, naturaleza y extensión, 12, 351-355; principales disposiciones, 12, 351, 355-357; delimitación de las zonas marinas en la, 12, 351, 357-361; abasrecimiento en la, 12, 351, 360, 361.
LEY DE PESCA DE 1986, principales disposiciones, 12, 351, 363-372; el Programa Nacional de Pesca 1984-1988 y la, 12, 351, 372-375.
LEY DE AMPARO, y el amparo contra leyes, 13, 9, 39-42.
LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO, crítica, 15, 583-591.
LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS NUCLEARES, 18, 301, 307, 308.
LEY DE TERRENOS BALDÍOS, NACIONALES Y DEMASÍAS, 13, 49-64.
LEY GENERAL DE BIENES NACIONALES, 13, 49, 64-67.
LEY ORGÁNICA DE LA ASAMBLEA DE REPRESENTANTES DEL DISTRITO FEDERAL, breve análisis, 12, 177, 190-193.

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, y el amparo contra leyes, 13, 9, 42-45.
LEY PARA LA COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS DE AHORRO PARA EL RETIRO, comentarios al decreto de, y su proyecto de reglamento, 20, 797-813.
LEY SIMPSON-RODINO, breve análisis, 12, 117-132.
LEY SOBRE LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS, análisis constitucional de la, 18, 237-258.
LIBROS JURÍDICOS, notas para el estudio de los impresos jurídicos novohispanos, 14, 261-288.
LICENCIAS, el nuevo régimen de la propiedad intelectual en México: la protección de la propiedad industrial, los derechos de autor, las, y las franquicias, 17, 377-409.
LICITACIÓN PÚBLICA, consideraciones sobre la tutela jurídica de la, 11, 389-415; naturaleza jurídica, 11, 389, 391-393; secuencia del procedimiento, 11, 389, 393-396; régimen jurídico de la, 11, 389, 396-399; procedencia del amparo en materia de, 11, 389, 399- 408; tutela penal de la, 11, 389, 408-410; tutela administrativa de la, 11, 389, 410, 411.
LUISIANA, el caso de la, y las Floridas, en la aplicación de la política española de tratados a los indios de la Nueva España y sus confines (1781-1790), 20, 371-403.

M

MACEDO, MIGUEL S., biobibliografía de, 11, 151-163.
MACEDO, PABLO, orden y abogacía en un "científico", 12, 19-47; y la promoción de la cultura jurídica, 18, 163-193.
MAINERO NÚÑEZ DE CÁCERES, CARLOS ENRIQUE, *in memoriam*, 16, 656-658.
MARCAS, en el derecho soviético, 11, 417-429.
MARXISMO. *Ver* Teorías marxistas del derecho.
MATRIMONIO, como negocio jurídico, 14, 289-312; concepto de, 14, 289-295; relación entre, y familia, 14, 289, 301-305; defensa del, indisoluble, 14, 289, 305-312; y divorcio, 20, 763-776.
MENDOZA IGLESIAS, IGNACIO, *in memoriam*, 19, 637, 638.